Der Ersatzanspruch wegen unsittlicher Schadenszufügung

(§ 826 BGB.)

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Harry Bierhoff,
Sagan.

BRESLAU 1925.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät.

Berichterstatter:
Herr Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften

Archiv für Bürgerliches Recht.

Asmussen Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft.- Kiel 1908. Diss.

Beisenkötter Der Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 des BGB. in der praktischen Anwendung und Auslegung. Münsterer Diss. 1909.

v. Broecker, Schadensersatzansprüche aus dem Lohnkampf nach BGB. Hamburg 1906. Diss.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 7. Aufl. Jena 1922.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. 2. Tübingen 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. II., 2. 4. Aufl. Halle 1915.

Deutsche Juristenzeitung.

Dick Der Vorstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1909. Diss.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 9. Aufl. Berlin 1903.

Ennecceras-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I., 1, 22./24. Aufl. Marburg 1924, I., 2, 18./22. Aufl. Marburg 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines BGB. 1. Lsg. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.

Entwurf eines BGB. 2. Lsg. Amtliche Ausgabe. Berlin 1895.

Ferge, Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte. Greifswalder Diss. 1919.

Finger, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 nebst dem Rechte. 4. Aufl. Berlin 1911.

H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit. 1911 (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. 21. Bd.).

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. I. 2. Aufl. Berlin 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hachenburg Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge Mannheim 1900.
Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch, 1913 (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. 26. Bd.).
Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht. 1906 (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 18. Heft.).
Herzog, Zum Begriffe der guten Sitten im BGB. 1910. (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 33. Heft.).
Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Jackisch, Ueber den Gesetzeswiderspruch des § 138 BGB. mit § 817 BGB. Borna-Leipzig. 1911. Diss.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
Ihering, Der Zweck im Recht. II. 2. Aufl. Leipzig 1886.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Jung, Delikt und Schadensverursachung, Heidelberg 1897.

Juristische Wochenschrift.

Kuhlenbeck Von den Pandekten zum BGB. II. Berlin 1899.
R. Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten. Weimar 1907.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. I. 2. Aufl. Berlin 1923.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.
v. Liszt. Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Berlin 1899.
Neumann, Verstoß gegen die guten Sitten und Schikane in ihrem Verhältnis zueinander. Borna-Leipzig 1912. Diss.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. 3./4. Aufl. Berlin 1910.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
Pinczower, Das Verhältnis des § 826 zum Boykott (1911) (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 35. Heft.).
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. I. 4. Aufl. Berlin 1913. II. 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lsg. des Entwurfs eines BGB. Berlin 1898.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 5. Aufl. I. Bd. Berlin 1923.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landgerichts in Zivilsachen.
Schneider, Treu und Glauben. 1902.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der Obersten Gerichte.
Sohm Institutionen. 16. Aufl. München 1920.
Solemacher-Antweiler, Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bonner Diss. 1913.
Stammler, Die Lehr evom richtigen Recht. Berlin 1902.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. München 1912.
Staudinger, Gesamtnachtrag zur 7./8. Aufl. München 1922.
Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung. 1898.
Steinbach Treu und Glauben im Verkehr. 1900.
Vogel, Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB. Borna-Leipzig 1906. Diss.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Tübingen 1923.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warn.).
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1905.

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Einleitung	1—2
I. Entstehungsgeschichte des § 826 BGB.	1—2
II. Umgrenzung der Aufgabe	2
B. Hauptteil	2—37
I. § 826 und die Widerrechtlichkeit	1—4
1. Die verschiedenen Meinungen	2—3
2. Richtig ist Oertmanns Ansicht	3—4
II. Der Tatbestand des § 826	4—29
1. Die Reihenfolge der Tatbestandsmerkmale bei Enneccerus, Lb. d. bürgerl. R. I, 2 § 453	4
2. Die einzelnen Merkmale unter Anerkennung dieser Reihenfolge	4—29
a) Die Schadenszufügung	4—5
b) Der Vorsatz	5—6
c) Der Verstoß gegen die guten Sitten	6
aa) Geschichtliche Entwicklung des Begriffs „gute Sitten"	6—8
bb) Die Meinungen der Kommentare und Lehrbücher	8—9
cc) Die wissenschaftlichen Systeme	9—14
dd) Die Rechtsprechung	14—18
aaa) Einteilung der Entscheidungen	14—15
bbb) Trennung der „guten Sitten" vom „Vorstoß" dagegen	15—18
ee) Kritik und eigene Ansicht	18—22
ff) Demgemäße Gruppierung der Rechtsprechung	22—28
gg) Die Frage nach dem Verstoß gegen die guten Sitten ist Rechtsfrage	28—29
hh) Zusammenfassung	29
III. Der Umfang und Inhalt des Ersatzanspruchs aus § 826	29—37
1. Der Ersatzanspruch nach den §§ 249 ff.	29—30
a) §§ 249 ff	29—30
b) § 826 und § 254	30
c) Verjährung	30
2. Der Unterlassungsanspruch	30—37
a) Die Rechtsprechung	30—32
b) Ihre Anhänger	32
c) Ihre Gegner	32—34
d) Eigene Ansicht	34—37
IV. § 826 und andere Gesetzesvorschriften	37
C. Schluß-Ergebnis	37

A. I.

Die Entstehungsgeschichte des § 826 BGB., dessen eingehende Erörterung die Grundlage dieser Darstellung ist, stellt sich kurz folgendermaßen dar. Im Entwurf eines BGB. erster Lesung [1]) steht in § 705:

„Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt."

Damit wird nach den Motiven [2]) eine Reihe von Handlungen als widerrechtlich bezeichnet, denen kein subjektives Recht zugrunde liegt, die aber nicht verboten sind. Der „kraft seiner natürlichen Freiheit" Handelnde sollte sich nach den Auffassungen über die guten Sitten und nach dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" richten. Damit ist das Hauptprinzip festgelegt, ohne irgendwelche einzelnen oder speziellen Handlungen zu verbieten [3])

Im Entwurf der zweiten Lesung [4]) entspricht dem § 705 E. I der § 749:

„Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Diese Fassung ist auch in der Bundesratsvorlage als § 811 und in der Reichstagsvorlage als § 810 beibehalten worden. Die Protokolle [5]) berichten über Anträge auf Berücksichtigung des fahrlässigen Handelns und auf Anwendbarkeit des § 705, wenn in Ausübung eines subjektiven Rechtes gegen die guten Sitten verstoßen werde. In der zweiten Lesung wurden zu § 749 E. II zwei Anträge gestellt, von denen der eine die besondere Erwähnung des Betruges und der Nötigung bezw. Erpressung verlangte, der andere die Streichung der Worte „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise" bezweckte. Beide Anträge blieben erfolglos. [6])

Die Denkschrift [7]) bezeichnet die Erweiterung des Kreises der unerlaubten Handlungen durch § 810 der Reichstagsvorlage als wichtig. [8]) Die Kommission gelangte zu der Ansicht, daß man auch in Ausübung eines formalen Rechts in einer gegen die guten Sitten

---

[1]) S. 157.
[2]) II, 726.
[3]) II, 726.
[4]) S. 234.
[5]) II, 575 ff.
[6]) Prot. VI, 201 f.
[7]) S. 98.
[8]) vgl. Mugdan II, 1267.

verstoßenden Weise einem anderen nicht vorsätzlich Schaden zufügen dürfe und strich daher die Worte „durch eine Handlung. die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt".[1])

In dieser Fassung kam der § 810 der Reichstagsvorlage als § 826 in das BGB. und diese kurze, knappe Fassung ist der Grund für zahlreiche Erörterungen, insbesondere über den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten.

II.

Die Aufgabe dieser Darstellung wird es sein, den § 826 nach seinen einzelnen Tatbestandsmerkmalen zu untersuchen, die verschiedenen Ansichten anzuführen. Einen breiteren Raum wird hierbei die Bestimmung des Begriffes „Verstoß gegen die guten Sitten" einnehmen, wobei die Rechtsprechung eine besondere Berücksichtigung erfahren muß. Im Anschluß daran ist der eigentliche Ersatzanspruch festzustellen.

B. I. 1.

Nicht unbestritten ist die Frage, ob § 826 eine widerrechtliche Handlung voraussetzt. Nach Oertmann [2]) ist widerrechtlich „jede Verletzung des fraglichen Rechtsgutes und Rechts, die nicht besonders gerechtfertigt wird". Der § 705 E. I bezeichnet die gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen als widerrechtlich, auch wenn sie an sich erlaubt sind., [3])Der § 749 E II. enthält diese Bezeichnung jedoch nicht mehr. Und so blieb es auch in § 826. Trotzdem nimmt eine Reihe von Schriftstellern an, daß die gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen, auch wenn sie objektiv erlaubt sind, doch zu rechtswidrigen werden, wenn ihnen eine illoyale Gesinnung zugrunde liegt.[4]) So legt Stammler[5]) dar, daß die „guten Sitten" oder „iusta causa" Ausdrücke für die Grundsätze des „richtigen Rechts" seien. Daraus ergibt sich, daß ein Verstoß dagegen ein solcher gegen das richtige Recht, also rechtswidrig, sei.[6]) Dem schließt sich Hein [7]) an. Unterstützt wird die Annahme der Widerrechtlichkeit durch RG. 92, 138 f. Neben einigen anderen Entscheidungen stützt sich darauf auch Cosack.[8]) Er begründet das Erfordernis der Widerrechtlichkeit einfach damit, daß die Gebote guter Sitten die Rechtmäßigkeit ihnen zuwiderlaufender Handlungen ableugnen. Die Rechtsordnung füge sich dem willig. Enneccerus [9]) lehnt zwar die Rechtswidrigkeit für die bloße Schadenszufügung, abgesehen von dem aus § 826 zu entnehmenden Verbote ab, nimmt sie jedoch an, wenn eine an sich nicht rechtswidrige Schadenszufügung den Tatbestand einer unsittlichen Schadenszufügung enthält.

---

[1]) Kommissionsber. 104 bei Mugdan II, 1298.
[2]) II, 1066, Bem. 7 zu § 823.
) Vgl. Mot. II, 726.
[3]) Planck I, 376 Nr. 1 zu § 226.
[4]) Stammler, R. R. 474 ff.
[5]) vgl. auch a. a. O. S. 63.
[7]) S. 70 ff.
[8]) S. 672 ff. § 229 II 3 b c.
[9]) I. 2 § 453 II 4 und Anm. 11.

Gegen die Annahme der Widerrechtlichkeit sind Goldmann-Lilienthal [1]) und vor allem Oertmann.[2]) Dieser führt an, daß der gegnerischen Ansicht weder der Gesetzestext noch die Stellung des § 826 unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen" helfe. § 826 sage nichts von Widerrechtlichkeit. Seine Stellung inmitten der unerlaubten Handlungen sei ebenso nichtssagend, da unter dem 25. Titel eine Reihe Vorschriften ständen, z. B. §§ 833, 835 die nicht unerlaubt sind. In das Anwendungsgebiet des § 826 fielen auch die Rechtsausübungshandlungen, deren Vornahme durch ein formales Recht gerechtfertigt ist, aber mit Vorsatz des Handelnden gegen die guten Sitten verstößt. Mit Rücksicht darauf habe die Reichstagskommission die Beschränkung „in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt" gestrichen.[3]) Wolle man annehmen, daß diese Handlungen zu rechtswidrigen werden, so ergebe sich kein Ausweg aus dem Widerspruch zwischen § 826 und § 226. § 826 verlange mildere Voraussetzungen als die Rechtswidrigkeit des § 226. Infolgedessen wäre für alle Rechtsausübungshandlungen entgegen der Absicht des Gesetzgebers § 226 völlig ausgeschaltet, da er von § 826 überholt werde. Die Ausschließung der Rechtsausübungshandlungen von § 826, wie die gegnerische Ansicht sie vornehme, sei ein verzweifeltes Mittel. Eine objektiv rechtmäßige Handlung könne man nicht wegen eines subjektiven Moments für rechtswidrig erklären, entgegen der sonst strengen Scheidung der objektiven und subjektiven Haftungserfordernisse. Unter diesen Gesichtspunkten sucht Oertmann in der DJZ. 1903, S. 325 ff., in ausführlicher Weise die Gegenansicht zu widerlegen. Auch das RG. lehnt in vielen Entscheidungen infolge des Verhältnisses von § 826 zu § 226 die Annahme der Rechtswidrigkeit ab.[4]) H. A. Fischer[5]) versucht die Oertmannsche Beweisführung ausführlich zu widerlegen. Desgleichen Hager.[6])

2.

Bei der Frage, welcher Ansicht man sich anschließen soll, mögen praktische Gesichtspunkte ausschlaggebend sein. Stammlers Kasuistik vor allem dürfte daran scheitern. Sie läßt die Rücksicht auf die praktische Anwendung des § 826 völlig außer acht, denn es ist nicht einzusehen, warum diese Vorschrift ihre Bedeutung verlieren soll. Sie soll ja gerade die Handlungen treffen, die weder gegen § 823, Abs. 1, noch gegen Abs. 2 verstoßen, insbesondere Rechtsausübungshandlungen, die erst durch ihre vorsätzlich gegen die guten Sitten verstoßende Vornahme im speziellen Falle zum Schadensersatz verpflichten, an und für sich aber gerechtfertigt sind. Dadurch erhält der § 826 seine große Bedeutung für äußerst zahlreiche Fälle. Man sehe sich daraufhin nur die recht umfangreiche Rechtsprechung des RG. und der anderen hohen Gerichte an. Dann erst wird man das Mittel, die Rechtsausübungshandlungen von § 826 auszuschließen, für wenig durchdringend halten können. Selbst wenn man in allen anderen Punkten der gegnerischen Ansicht zustimmt, so scheitert doch hieran ihre Annahme. Eine Lösung

[1]) S. 887 Anm. 3.
[2]) Komm. 1074 Anm. 1 zu § 826, 1077 f. Anm. 3 b zu § 826; DJZ. 1903, 325 ff.
[3]) Vgl. Komm.-Ber. 104 bei Mugdan II 1298.
[4]) Vgl. RG. 58, 216 und die dort zitierten Entscheidungen.
[5]) S. 140 ff.
[6]) S. 112 ff.

des Widerspruchs zwischen den §§ 826 und 226 kann sie trotz allem letzten Endes nur durch das etwas gewaltsame Mittel des Ausschlusses der Rechtsausübungshandlungen finden. Wenn sich aber die Frage nicht anders lösen läßt, als daß eine der beiden Vorschriften stark zurückgedrängt wird, dann darf dies keinesfalls der § 826 sein, durch dessen mildere Voraussetzungen es gerade möglich ist, zahlreiche Fälle der Rechtsausübungshandlungen bei Verstoß gegen die guten Sitten zu erfassen. Hager [1]) kommt zu dem Ergebnis, daß der Rechtsinhaber unbekümmert und willkürlich seine Rechtsmacht betätigen kann, solange seine Rechtsausübung nicht die Voraussetzungen des § 226, die er selbst „überspannt. fast unerreichbar" nennt, erfüllt. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben, vor allem nicht mit § 826, durch den ja gerade die Rechtsausübung eine nicht so „überspannte" Schranke bekommen sollte.[2]) Hager selbst bezeichnet die Konsequenzen seines Ergebnisses als bedauerlich.[3]) Oertmann legt die Maßnahme der Kommission[4]), nach der gerade der einschränkende Zusatz „in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt", gestrichen wurde, richtig dahin aus, daß man mit § 826 besonders sittenwidrige Rechtsausübungshandlungen treffen wollte. Auch alle übrigen Punkte hat Oertmann in den angeführten Schriften einleuchtend widerlegt, so daß nichts dagegen einzuwenden ist, sich der Ansicht anzuschließen, die mit Oertmann das Erfordernis der Widerrechtlichkeit für § 826 ablehnt.

II. 1.

Mit einer verhältsnismäßig kurzen Darstellung der unsittlichen Schadenszufügung (§ 826 BGB.) begnügt sich Enneccerus.[5]) Er geht davon aus, daß der größte Teil der unsittlichen Schadenszufügungen bereits nach § 823 Abs. 1 und 2 zum Schadenersatz verpflichte. Die Bedeutung des § 826 setze erst da ein, wo eine „an sich berechtigte oder rechtlich indifferente (nicht verbotene) Handlung" eine Schadenersatzpflicht begründe.[6]) Dann geht Enneccerus zu den Erfordernissen des Tatbestandes über.

Als erstes Tatbestandsmerkmal nennt er die Schadenszufügung. Nach dieser objektiven Voraussetzung folgt das subjektive Erfordernis einer vorsätzlichen Handlung und dann das Merkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten.

Diese knappe Umgrenzung des Tatbestandes soll eine feste Grundlage für den Richter bilden.[7])

2a.

Folgt man dieser Einteilung, so ist zunächst zum Erfordernis der Schadenszufügung folgendes zu sagen. Hier herrscht kaum Streit. Man sieht allgemein als Schadenszufügung jeden Schaden an. Enneccerus[8]) nimmt Vermögensschaden als Regel an, ebenso Ende-

[1]) S. 123.
[2]) Vgl. Komm.-Ber. 104 bei Mugdan II, 1298.
[3]) S. 123.
[4]) Komm.-Ber. 104.
[5]) I, 2 § 453.
[6]) I, 2 § 453 I.
[7]) Denkschrift S. 97 bei Mugdan II 1267.
[8]) I, 2 § 453 II 1.

mann.[1]) Planck[2]) läßt auch den nichtvermögensrechtlichen Schaden gelten, für den aber Ersatz in Geld nicht gefordert werden kann. Im allgemeinen ist Schadenszufügung jeder Schaden in weitestem Sinne.[3]) Besonders weit geht hierin das RG., das ausdrücklich „jede Schadenszufügung im weitesten Sinne“[4]), z. B. die Beeinträchtigung einer bloßen tatsächlichen Erwerbsaussicht, ja sogar die Ausübung eines formalen Rechts, falls dabei ein anderer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt wird[5]), für hinreichend zur Anwendung des § 826 erklärt. Keinesfalls ist diese Vorschrift nur bei Verletzung besonderer oder bestimmter Rechtsgüter anzuwenden.[6])

Ob der andere mittelbar oder unmittelbar geschädigt wird, ist gleichgültig[7]), ebenso, ob dies durch ein Tun oder durch ein Unterlassen geschieht.[8]) Eine Unterlassung ist jedoch nicht immer ein Verstoß gegen die guten Sitten, vielmehr nur dann, wenn die unterlassene Handlung „nach den Umständen des Falles als durch die guten Sitten geboten angesehen werden mußte“ und die Unterlassung vorsätzlich geschah.[9]) Nach Goldmann-Lilienthal[10]) kann eine Unterlassung auch sittenwidrig sein, wenn keine Rechtspflicht zum Handeln vorliegt.

b.

Zu der Schadenszufügung kommt das subjektive Erfordernis des Vorsatzes. Enneccerus[11]) gibt kurz die Umgrenzung für den Begriff des Vorsatzes in § 826, wie ihn heute die meisten Schriftsteller und auch die Rechtsprechung sich zu eigen gemacht haben. Vorsätzlich handelt, wer die Handlung mit dem Bewußtsein begeht, daß hierdurch der andere geschädigt werden könne.[12]) Damit stellt sich Staudinger auf den Boden der Vorstellungstheorie, wie es allgemein geschieht.[13]) Es genügt das Bewußtsein der Schädigung[14]) die nicht Zweck der Handlung zu sein braucht. Es ist keine Absicht erforderlich.[15]) Nach allgemeiner Ansicht ist der dolus eventualis

---

[1]) I, 722.
[2]) S. 992, Anm. 2a, zu § 826.
[3]) Oertmann, Komm. 1075, Anm. 2a zu § 826; Staudinger 1731, Anm. 3a zu § 826; Lindemann-Soergel, S. 912, Anm. 5 zu § 826.
[4]) RG. 79, 58.
[5]) RG. 48, 124. Vgl. auch DJZ. 1903, 105 Nr. 18; RG. 55, 372.
[6]) Oertmann in DJZ. 1903, 328; Dernburg, II, 2, S. 799, § 393, II, 1; Staudinger, II, 2, S. 1731, Bem. 3a zu § 826.
[7]) Enneccerus I, 2, § 453, II, 1; Staudinger, II, 2, S. 1731, Bem. 3a zu § 826.
[8]) Mot. II, 727; Lindemann-Soergel, 911, Anm. 3 zu § 826; Liszt 42f.; DJZ. 1906, 370f.; Gruch.-Beitr. 50, 970; JW. 1910, 470, Nr. 7.
[9]) Planck II, Bem. 2e zu § 826.
[10]) I, 888 Bem. 35.
[11]) I, 2 § 453 II 2a b.
[12]) Staudinger II, 2 S. 1732 Bem. 3b zu § 826.
[13]) Vgl. Hein 70.
[14]) Vgl. Mugdan II, 1080.
[15]) Staudinger II, 2 S. 1732 Bem. 3b zu § 826; Oertmann 1075 Bem. 2b zu § 826; Lindemann-Soergel I, 910 Bem. 2 zu § 826; Warneyer I, 1320 Bem. II zu § 826; Endemann I, 637f § 112, 2; RGZ. 58, 216; 58, 397; 62, 139; 63, 148; 90, 107ff.

hinreichend, d. h. der Täter wünscht nicht gerade den Erfolg, aber sein Wille umfaßt die Folge, deren möglichen Eintritt er unbeachtet läßt.[1]) Dagegen wird die Fahrlässigkeit schon in den Protokollen als nicht ausreichend erachtet.[2])

Der Täter braucht nicht zu wissen, wer geschädigt wird. Es genügt, wenn er Kenntnis davon hat, daß ein anderer einen Vermögensschaden erleide. [3]) Ebensowenig braucht sich der Täter dessen bewußt zu sein, daß ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. [4]) Nach RG. ist auch der „mittelbar" Geschädigte ersatzberechtigt. Doch muß das Bewußtsein der Schädigung auch bezüglich des „mittelbar" Geschädigten nachgewiesen werden.[5])

Zu diesem Punkt ist noch zu erwähnen, daß das RG. unter Umständen bei grob fahrlässigem Verhalten, bei Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Bewußtsein der Schadenszufügung annimmt.[6]) Allerdings muß es sich um „eine besonders gesteigerte Fahrlässigkeit, die sich als äußerste Leichtfertigkeit, als Gewissenlosigkeit darstellt", handeln.[7])

c.

Damit ist die Erörterung der Tatbestandsmerkmale des § 826 bis auf den Verstoß gegen die guten Sitten abgeschlossen. Eine Klärung dieses Begriffes wird im folgenden versucht werden. Ausgehend von der geschichtlichen Entwicklung werden die hauptsächlichsten Ansichten der Schriftsteller darzustellen sein, worauf die Rechtsprechung über § 826 und ihre Einteilung ausführlich zu berücksichtigen sind. An diesem Punkt angelangt, bleibt noch der Ersatzanspruch übrig, der sich — nach allen Erörterungen — aus § 826 ergibt.

aa.

Eine Untersuchung des Begriffes „Verstoß gegen die guten Sitten" als Gesetzesinhalt in den Satzungen aller Zeiten hat folgendes Resultat.

Die deutschen Worte „gegen die guten Sitten" sind die Uebersetzung des lateinischen contra bonos mores, wie sie sich im gemeinen Rechte findet und vom BGB. übernommen worden ist.[8]) Diesen Begriff haben schon die römischen Juristen gekannt.[9]) Waren boni mores die Bezeichnung für das Sittliche, so meinte man mit contra bonos mores das Gegenteil. [10]) Die Römer kannten also

---

[1]) vgl. Gruch Beitr. 52, 1042 ff. Für Eventualdolus Staudinger II, 2, S. 1732 Bem. 3 b zu § 826; Warneyer I, 1320 Bem. II, zu § 826; RG. 76, 320; 90, 108; DJZ. 1906, 1095.

[2]) II, 576; vgl. RG. 57, 241.

[3]) Staudinger II, 2 1732 Bem. 3 b zu § 826; vgl. auch Gruch Beitr. 52, 1043.

[4]) Staudinger II, 2 1732 Bem. 3 b zu § 826; Oertmann 1075 Bem. 2 b zu § 826; Cosack 675 § 229 II 4 c; Stammler, R. R. 475; v. Broecker 33.

[5]) RG. 79, 57 ff.

[6]) RG. 72, 175 ff.

[7]) RG. 90, 107.

[8]) Herzog 154.

[9]) cap. IV cod. 8, 38, l. 112 § 6 D. 30; l. 1 pr. D. 14, 6; l. 43, § 4 D. 21, 1 usw.

[10]) vgl. Asmussen S. 6.

den Unterschied von boni und mali mores. Der Begriff des Verstoßes contra bonos mores ist von den meisten Gesetzgebern aus dem römischen Recht übernommen worden. Man findet ihn im Code civil § 1133 (contraire aux bonnes moeurs) zwischen Gesetzesverbot und öffentlicher Ordnung.[1]) Das ALR. enthält zwar nicht die Worte „Verstoß gegen die guten Sitten", doch findet man statt dessen die Sätze „die Ehrbarkeit beleidigend" und „wider die Ehrbarkeit laufend".[2]) Das Bayrische Landrecht stellt in Tit. VI Kap. 1 § 16 Nr. 1 Natur, Ehrbarkeit, Gesetz und Ordnung nebeneinander.[3])

Die Verfasser des BGB. haben die Worte „Verstoß gegen die guten Sitten" nicht vermieden. Sie finden sich in den §§ 138, Abs. 1, 817, 819 Abs. 2, 826 BGB. und Art. 30 EG. BGB. Allgemein anerkannt ist, daß der fragliche Begriff an allen genannten Stellen in seiner Bedeutung übereinstimmt.[4])

Der hier interessierende § 826 wird im allgemeinen als Ersatz der römischen actio doli angesehen, mit deren Anwendungsgebiet sich das des § 826 deckt.[5]) Die actio doli war für jede arglistige Vermögensschädigung gegeben, falls hierfür keine andere Klage zur Verfügung stand.[6]) Sie richtet sich nur gegen den Betrüger selbst. Die exceptio doli war die Verteidigung gegen die Klage des Betrügers. In der Anwendung der actio doli gingen die klassischen Juristen sehr weit. Es genügte schon, daß das Verhalten des Beklagten als unehrlich erschien. Dadurch bildete die subsidäre actio doli als Billigkeitsklage die Ergänzung des Kontraktrechtes, welche Stellung heute der § 826 einnimmt.[7]) Auch die exceptio doli generalis wird durch § 826 ersetzt.[8])

In dem Aufsatz „Recht, Sitte und Sittlichkeit" von Jacobi [9]) erhält man ein interessantes Bild über die Entwicklung des Begriffs „gute Sitten" aus den bonis moribus und über die Scheidung von Recht, Sitte und Sittlichkeit in der deutschen Sprache. Vorausgeschickt sei, daß man allgemein unter „Sitte" die „gute Sitte" versteht. Jacobi führt des näheren aus, welch großen Fortschritt die deutsche Sprache mit der Dreiteilung Recht, Moral und Sitte gegenüber den alten Sprachen gemacht habe. Die Mittelstufe haben die Römer erreicht mit der Trennung von ius und fas, doch umfaßt der Ausdruck mores immer noch das Gewohnheitsrecht neben der Sitte und dem Sittlichen. Erst die deutsche Sprache vollzieht äußerlich den Unterschied zwischen der Sitte und dem Sittlichen, womit deutlich gesagt ist, daß Sitte und Sittlichkeit verschiedene Dinge sind. Des weiteren erklärt Jacobi diesen Unterschied dahin, daß das absolut gebotene oder absolut verwerfliche Handeln sittlich oder unsittlich ist, während die Sitte bedingt ist durch Land, Volk, Ort, Stand usw. Was an dem einen Orte Sitte ist, kann an dem anderen Unsitte sein. Dieser Unterschied besteht trotz der Ver-

---

[1]) vgl. § 1131 „Sur une cause illicite".
[2]) ALR. I, 4 § 7; I, 16 § 206.
[3]) vgl. zu allem Staudinger I, 530 Bem. I 1 zu § 138.
[4]) Vgl. Herzog 12; Planck, I, 361. Bem. I zu § 138.
[5]) Oertmann S. 1077 Anm. 2c zu § 826; Iherings J. 41, 94 Anm. 47, S. 95; Stammler R. R. 475; Jung 46; Enneccerus I, 1 S. 484 § 178 Anm. 3; RG. 84, 336.
[6]) l. 1 § 1 D. de dolo (4, 3).
[7]) vgl. Sohm 248 f. und Anm. 2 S. 576 und Anhang.
[8]) Staudinger I, 2 S. 1731 Bem. 2 zu § 826.
[9]) Iherings J. 41, 68 ff.

quickung von Sitte und Sittlichkeit, weil die Sitte verhindern soll, daß der einzelne die als sittlich erkannten Grenzen überschreitet. Sitte ist also veränderlich, lokal, Sittlichkeit unveränderlich, allgemeingültig. Dies zeigt sich in dem Verhalten der Rechtsordnung zu Sitte und Sittlichkeit. Anstand und Sitte haben mit der Rechtsordnung keinen Zusammenhang, während Sittlichkeit und Rechtsordnung teilweise zusammenfallen. Einen solchen Berührungspunkt bildet auch § 826 BGB. Hier wie auch bei den anderen Vorschriften, die den Ausdruck „Verstoß gegen die guten Sitten" enthalten, kommt nun Jacobi zu der Folgerung, daß die Worte „gegen die guten Sitten" zwar eine wörtliche Uebersetzung des lateinischen contra bonos mores, aber ein unpassender deutscher Ausdruck seien. Da mores, wie erwähnt, ein unbestimmter Ausdruck war, halfen sich die römischen Juristen dadurch, daß sie das Sittliche mit boni mores, das Unsittliche mit contra bonos mores bezeichneten.[1]) Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber contra bonos mores hätte richtig mit „gegen die Sittlichkeit" übersetzen müssen.[2]) Damit folgt Jacobi den Darlegungen Iherings.[3]) Es wird jedoch auch die Ansicht vertreten, daß das Gesetz Sitte und Anstand im Gegensatz zu Sittlichkeit erfassen wollte.[4]) Das Gesetz selbst gibt keinen Ausweg, da es keine Bestimmung des Begriffs „gute Sitten" enthält. Immerhin waren bei der Abfassung des BGB. Bestrebungen vorhanden, die hier etwas Klarheit schaffen wollten. Nach einem Antrag in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs sollte für „gute Sitten" „Sittlichkeit" gesetzt werden. Die Kommission lehnte dies jedoch ab, damit der umfassende Geltungsbereich des § 106 nicht geschmälert werde und der objektive Maßstab für die Handhabung des Gesetzes bestehen bleibe.[5]) Dies gilt auch für § 826 [6]), in dem ja auch von „Verstoß gegen die guten Sitten" die Rede ist. Damit bleibt es der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, festzustellen, was unter „gute Sitten" zu verstehen ist. Der Streit hierüber ist sehr ausgedehnt und verworren, denn die wissenschaftlichen Untersuchungen sind äußerst zahlreich. Es wird nur möglich sein, die bekanntesten und bedeutendsten Lehren darzustellen.

bb.

Die Kommentare und Lehrbücher enthalten sich im allgemeinen der Aufzählung und Auseinandersetzung der vorhandenen Ansichten. Sie begnügen sich damit, ihre Ansicht darzulegen und anschließend die Rechtsprechung über § 826 zu untersuchen. So umgrenzt Staudinger [7]) den Begriff „gute Sitten" dahin, daß es eine allgemein und für alle Zeit feststehende Moral nicht gebe, die „guten Sitten" also wandelbar seien. Der Richter dürfe einerseits nicht die Moralanschauungen eines bestimmten Volkskreises als absolut gültig ansehen, andererseits auch nicht nach seiner individuellen Anschauung urteilen; er müsse vielmehr die jeweiligen Anschauungen

---

[1]) Jacobi 79.

[2]) H. A. Fischer, S. 77; vgl. Oertmann, Rechtsordnung, S. 86; Nachtrag zu Staudinger 42 zu I, 531, Bem. 2 a zu § 138.

[3]) II, 28 ff., 57 ff., 256 ff.

[4]) Vgl. Jackisch, 6 ff.

[5]) Prot. I, 124.

[6]) vgl. Mot. II, 849.

[7]) I, 531 f. Bem. I, 2 za § 138; II, 2, S. 1733 ff. Bem. 3 c, α-γ zu § 826.

des sozialen Kreises, dessen Mitglied eben gegen die „guten Sitten" verstoßen hat, als maßgebend ansehen und dabei Rücksicht auf die sittlichen Begriffe eines bestimmten Volkskreises nehmen, ohne dies dahin ausarten zu lassen, daß dessen Unsitten anerkannt werden, nur weil sie in Übung sind. Oertmann [1]) führt zwar Stammlers Lehre vom sozialen Ideal an, doch kommt auch er schließlich zu ganz allgemeinen Gesichtspunkten. Das herrschende Volksbewußtsein und das in der Rechtsprechung oft zitierte Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden müssen den inhaltlichen Maßstab abgeben. Volks-, Berufs- oder Klassenmoral sind neben der allgemeinen zu berücksichtigen. In ähnlichen Bahnen bewegt sich Planck [2]), desgleichen der RGR.-Komm. [3]) Etwas abweichend hiervon sagt Hölder [4]): „Gute Sitten" im Sinne des Rechts sei das, was zu befolgen sittlich geboten sei. Auch er will für „Sitte" besser „Sittlichkeit" gesetzt haben. Ebenso Cohn. [5]) Cosack [6]) gibt dem Richter auf, sich an die herrschende Überlieferung zu halten, soweit es aber an einer solchen fehlt, seine eigenen Sittlichkeitsanschauungen ohne Überspannung nach irgendeiner Seite hin zu befolgen. Bei Rechtsausübungshandlungen sei die herrschende Volksanschauung maßgebend.

In dieser Art wird dem Richter ein Anhaltspunkt für die Beurteilung der Verstöße gegen die guten Sitten gegeben, ohne daß genauer gesagt wird, was eigentlich gute Sitten sind.

Eine kurze, aber klare Darstellung findet man bei Enneccerus. [7]) Dieser lehnt zunächst die philosophischen Systeme ab, ebenso die Sonderanschauungen einzelner Parteien und Kreise, soweit sie mit dem allgemeinen Volksbewußtsein in Widerspruch stehen, denn dieses allein ist maßgebend. Zu laxe Auffassung und überspannte Anforderungen müssen vermieden werden. [8])

cc.

Neben den kurzen Ausführungen der Kommentare und Lehrbücher gibt es zahlreiche Einzeldarstellungen über den streitigen Begriff, von denen die hauptsächlichsten im folgenden angeführt sein mögen. Doch das allein genügt nicht. Im Anschluß daran muß man erst die Rechtsprechung berücksichtigen, ehe man zu einer Stellungnahme kommt.

Die vorhandenen Theorien sind so zahlreich, daß man versucht hat, sie durch Gruppierungen übersichtlicher zu machen. Am bekanntesten dürfte wohl die Einteilung sein, die H. A. Fischer [9]) und Hein [10]) vornehmen. Beide unterscheiden „zentrale" und „isolierende" Lehren. Alle die Theorien, die den Begriff „gute Sitten" als selbständigen Gesetzesausdruck behandeln und es ablehnen, ihn systematisch einem höheren Prinzip unterzuordnen, sind „isolie-

---

[1]) 1075 ff. Bem. 2 c zu § 826; vgl. auch Arch.-Bürg.-R. 34, 261 ff.
[2]) I, 361, Bem. I 1 zu § 138; DJZ. 1907, 7 ff.
[3]) I, 1112, Bem. 2 zu § 826.
[4]) S. 305, Bem. 1 b zu § 138; Iherings J. 73, 1 ff., S. 102.
[5]) Gruch.-Beitr. 41, 784 ff.
[6]) I, 223 f., § 93, I, 1; I, 675, § 229, III, 2.
[7]) I, 2, S. 658 f., § 453, II, 3.
[8]) Vgl. auch I, 1, S. 484 ff., § 178, I.
[9]) S. 71 ff.
[10]) 70 ff.

rende". Die „zentralen" Lehren gehen von einem höheren Prinzip aus, das klargestellt werden muß, um die Einzelfragen entscheiden zu können. Sie werten eben den Begriff „gute Sitten" als Erscheinungsform eines höheren Prinzips, das sich auch in anderen gesetzlichen Begriffen auswirkt.[1]) Eine andere Einteilung sei noch erwähnt, die man bei Vogel[2]) und bei Ferge[3]) findet. Danach gibt es eine Gruppe, die als „gute Sitte" die Sittlichkeit ansieht, und eine zweite, die dafür „Sitte" setzt. Beide Gruppen gelangen entweder auf Grund der historischen oder der sprachforschenden Methode zum Ziel.[4]) Bei Herzog[5] findet sich noch eine dritte Gruppe, die annimmt, daß die guten Sitten die Sittlichkeit und den Anstand umfassen.

Eine Stellungnahme zu den theoretischen Erörterungen kommt, wie erwähnt, vor der Berücksichtigung der Rechtsprechung nicht in Frage. Deshalb ist es nicht erforderlich, zu untersuchen, welcher Einteilung das Wort zu reden ist. Eine Entscheidung wäre auch sehr schwer, da sich eine scharfe Trennung der Gruppen nicht durchführen läßt.[6]) Es wird genügen, wenn die hauptsächlichsten Ansichten in losem Zusammenhange dargestellt werden. Dies um so mehr, da von der einen Seite[7]) behauptet wird, daß von den Lehren über den Begriff „gute Sitten" kaum zwei völlig übereinstimmen während andererseits[8]) behauptet wird, daß alle Schriftsteller den gleichen Standpunkt nur mit verschiedenen Worten vertreten.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß der Streit sich auf einem Gebiet abspielt, das nicht ausschließlich der Rechtswissenschaft angehört, sondern auch in den Bereich der Philosophie hinüberspielt. Dies wird besonders klar bei den Ausführungen Stammlers, die er in seinem Werke „Die Lehre vom richtigen Recht" niedergeschrieben hat.

Es ist nicht möglich, sich im Rahmen dieser Darstellung mit den Grundlagen dieser Lehre zu beschäftigen und sie einer Kritik zu unterziehen. Hier kommt nur die Lehre selbst in Betracht, soweit sie Stammler zur Bestimmung des Begriffs „gute Sitten" heranzieht. Seine Erörterungen gipfeln in der Formel von der „Gemeinschaft frei wollender Menschen".[9]) Das Abwägen der Einzelzwecke nach einem gemeinsamen Endzwecke hin führt zu der Gemeinschaft der Idee des richtigen Rechts.[10]) Das Ziel dieser rechtlichen Gemeinschaft ist die Verbindung der Verbundenen „in ihrem Wollen als Selbstzweck". Es soll das verschmolzen werden, was die Bestrebungen der die Gemeinschaft Bildenden allgemein Gültiges enthalten. Dies ist das „in dem Inhalte seiner Ziele freie Wollen"..[11]) Damit ist die Formel abgeleitet. Das ist das „soziale Ideal"[12]) welches gleich ist der Idee des richtigen Rechts. Daraus leitet Stammler die Grundsätze des richtigen Rechts ab, die auf den

---

[1]) Hein, 71.
[2]) 12 f.
[3]) S. 13.
[4]) Ferge, 13.
[5]) S. 2.
[6]) vgl. Herzog, 2.
[7]) H. A. Fischer, 70.
[8]) Asmussen, 12 ff.
[9]) S. 198.
[10]) S. 197.
[11]) u. [12]) S. 198.

Einzelfall angewendet werden müssen, damit das richtige Recht erkannt wird, die Grundsätze des Achtens [1]) und die des Teilnehmens [2]) Da diese Grundsätze dem Richter doch nur Allgemeingültiges für das Verhältnis des konkreten Falles zum sozialen Ideal zeigen und da die konkrete Sachlage genauest berücksichtigt werden muß, nimmt Stammler den Gedanken der „Sondergemeinschaft" zur Ergänzung, die von den Streitenden gebildet wird.[3]) Man hat bei deren Bestimmung und Auseinandersetzung — der Sondergemeinschaft nämlich — nun die Grundsätze des richtigen Rechtes einzuarbeiten.[4]) Diese Auseinandersetzung muß also objektiv richtig sein.

Soweit die Idee des richtigen Rechts im allgemeinen. Nunmehr ist aber ein Zusammenhang zwischen ihr und den „guten Sitten" herzustellen. Dieser ist dadurch gegeben, daß die „guten Sitten" ein zufälliger Ausdruck sind für die Grundsätze des richtigen Rechts.[5]) Hier läßt sich nun bei Stammlers Einteilung in „gerechtes" und „gelindes" Recht anknüpfen [6]) Wenn das Gesetz genau bestimmt, welche Norm zur Anwendung kommen soll, so ist dem Folge zu leisten ohne Rücksicht darauf, daß die Entscheidung im Einzelfalle unrichtig sein kann. Das ist „gerechtes" Recht. „Gelindes" Recht liegt vor, wenn der Gesetzgeber vom Richter verlangt, grundsätzlich richtiges Recht zur Anwendung zu bringen.

Und zu diesem „gelinden" Recht gehört nach Stammler der Begriff der „guten Sitten" [7]), da das Gebot, es dürfe nicht dagegen verstoßen werden, nur eine Anwendung der Möglichkeit bedeute, daß richtiges Recht als Norm des Urteilens genommen werden solle. Damit gibt Stammler den praktischen Weg für die Entscheidung des konkreten Falles. Die Formulierung „gegen die guten Sitten" zwingt den Richter, die Formel zu suchen, durch die der Einzelfall richtig entschieden wird. —

Die Stammlersche Lehre lehnt das Eingreifen einer außerrechtlichen Instanz in das Recht bei Bestimmung der „guten Sitten" ab. Es ist also weder die innere Gesinnung maßgebend, noch sind es die Regeln des Anstandes, der Sitte oder der Moral.

Diese Ansicht hat in Hein [8]) einen Anhänger gefunden. Dieser widerlegt zunächst die Gegner Stammlers, um sich dann diesem anzuschließen.

Mit demselben Ziel, nämlich Unterordnung der „guten Sitten" unter einen Oberbegriff, der zur Lösung des konkreten Falles verhilft, versucht Steinbach (Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, ferner Treu und Glauben im Verkehr und DJZ. 1899, S. 47 ff.) den Streit um die „guten Sitten" zu lösen. Er wählt dazu einen anderen Weg. Ausgehend von Iherings „Egoismus der Gesellschaft" [9]) der besagt, daß dem einzelnen die Gesamtheit hindernd entgegentrete, sobald er bei der Verfolgung seiner Interessen das Gesamtinteresse schädige,[10])

---

[1]) S. 208.
[2]) S. 211.
[3]) S. 281 und 284.
[4]) S. 284.
[5]) S. 476.
[6]) S. 252 ff.
[7]) S. 46 bis 48.
[8]) S. 131.
[9]) Moral, S. 38 und 43; Ihering, Zweck im Recht, II, 194 ff.
[10]) Vgl. Moral, 106 f.

kommt er zu dem Schluß, daß das Mitglied einer Gemeinschaft von ihrem Standpunkt aus dann gegen die „guten Sitten" verstoße, wenn sein Handeln dem Wohle und dem Zwecke der Gemeinschaft zuwider sei.[1]) Diesen Grundgedanken baut Steinbach in seiner später erschienenen Schrift „Treu und Glauben im Verkehr" aus. Die Vorschriften über Treu und Glauben sind danach eine Einschränkung des einzelnen im Interesse der Gesamtheit.[2]) Die Fortbildung des Rechts zeige sich einerseits in zwingenden Normen, andererseits in allgemeinen Verweisungen, zu denen die auf Treu und Glauben und die guten Sitten gehören.[3]) Dies sind also eine Art Blankettverweisungen, die dem Richter die Aufgabe der Fortentwickelung des Rechtes stellen. Er muß auf dem Wege der freien Rechtsbildung im Einzelfall die Grenze ziehen, die das Gesamtinteresse dem Einzelinteresse vorschreibt.[4]) Die Rechtsentwicklung ist also der allgemeine Gesichtspunkt, nach dem Steinbach die Einzelfragen entschieden wissen will.

Im Anschluß hieran ist die Ansicht Schneiders zu erwähnen, weil er sich in ähnlichen Bahnen bewegt wie Steinbach. Sein hier in Betracht kommendes Werk ist „Treu und Glauben". Darin wird die Formel von Treu und Glauben als maßgebend angesehen. Der Richter hat so zu entscheiden, wie es der Gesetzgeber selbst tun würde. Die Mittellinie zwischen den beiden entgegenstehenden Interessen muß gefunden werden.[5]) Dem Vorgange Stammlers folgend, hat nun Schneider diese Ansicht später [6]) dahin geändert, daß Treu und Glauben ein Zentralbegriff sei, der dem gesamten Schuldrecht zugrunde liege. Dieser müsse erforscht werden. Es geht nicht klar hervor, ob Schneider diesen Zentralbegriff absichtlich oder unabsichtlich nur dem Schuldrecht zugrunde legt, während Stammler jedes rechtliche Wollen danach beurteilt. Zu einer eigenen Formulierung kommt Schneider nicht. Er lehnt im Archiv für Bürg.-Recht Nr. 25, S. 292 eine Gleichsetzung der Begriffe „Treu und Glauben" und „gute Sitten" ab, während er in seinem Werke „Treu und Glauben"[7]) eine solche für eine zentrale Auffassung anerkennt. Die Ausführungen Stammlers, auf die sich ja Schneider beruft, zeigen, daß auch für die Ansicht Schneiders die guten Sitten dem Zentralgedanken einzuordnen sind.[8])

Nicht direkt auf die Bestimmung der guten Sitten, sondern auf unmoralische Verträge, § 138 des BGB., beziehen sich die Ausführungen Lotmars „Der unmoralische Vertrag". Doch läßt sich trotzdem herleiten, was Lotmar unter „Handlung wider die guten Sitten" versteht. Nach seiner Ansicht haben Recht und Moral den gleichen Inhalt.[9]) Doch steht die Moral selbständig als Regel für das äußere Verhalten neben dem Recht. Die Beurteilung zerfällt in die Beantwortung der formalen Rechtsfrage und der materiellen Moralfrage.[10]) Als Maßstab für die Beantwortung der Moral-

[1]) Moral, S. 95 f., 72.
[2]) Treu und Glauben, 54.
[3]) Treu und Glauben, S 42 ff., 52 ff., 54.
[4]) Moral 99 f., 105 f.
[5]) S. 132.
[6]) Arch. Bürg.-R. 25, 269 ff.
[7]) S. 12.
[8]) Vgl. hierzu Hein, 95.
[9]) S. 1 ff.
[10]) S. 76; vgl. S. 83.

frage dient dem Richter „die in seiner Zeit als Moral anerkannte und geübte, und zwar in seinem Land, in seinem Volk anerkannte und geübte“ [1]) Eine in noch engere Besonderheiten, wie Geschlecht, Moral, Beruf usw. gehende Spezialisierung lehnt Lotmar mit dem Hinweis auf „die Gleichheit aller Rechtsuchenden vor dem Gesetz“ ab. Der Richter hat nur zu prüfen, ob Moralpflichten die Vertragsfreiheit im Einzelfalle eindämmen. Dabei sollen Sachverständige zugezogen werden, wie es ja bei vielen anderen Fragen auch geschieht. [2])

Kurz zu erwähnen bleiben noch die Ansichten Liszts und Jacobis.

Liszt [3]) wirft dem Gesetzgeber vor, daß er mit der Einführung des Begriffs „gute Sitten“ keine einheitliche Regelung, sondern einen Verweis auf zersplitterte Anschauungen gebracht habe. Was die „guten Sitten“ verlangen, ist durchaus nicht in allen Teilen und Bevölkerungsklassen Deutschlands gleich. Der Begriff, so wie er im BGB. enthalten ist, gefährde die Rechtssicherheit und die Einheit der Rechtsprechung, eine Folge der Verquickung von Recht und Moral.

Jacobis Ansicht [4]) ist widerspruchsvoll. Nachdem er wie Lotmar das jeweilige Volksbewußtsein als maßgeblich anerkennt [5]) die in der Gegenwart anerkannte und geübte Moral des Volkes und des Landes, erklärt er kurz darauf [6]), die Kulturstufe des betreffenden Landesteils, die Auffassung des Kreises, der Klasse des Berufes, des Standes des Inanspruchgenommenen für wichtig, alles Anhaltspunkte, die Lotmar ausdrücklich ablehnt. Jacobi begründet diese letzten Ausführungen damit, daß sich eine einheitliche sittliche Volksüberzeugung in Deutschland erst bilden müsse.

Zu einem eigenartigen Ergebnis kommt R. Leonhard. Er geht von der Frage aus, ob der Richter bei der Feststellung des Verstoßes gegen die guten Sitten frei oder gebunden ist. [7]) Sitte und Sittlichkeit seien nicht gleichartig. Diese beruhe auf inneren Geboten des Gewissens, jene auf Anstandsregeln der Außenwelt. [8]) Der Kernpunkt seiner Erörterungen ist, daß jeder Verstoß gegen die Sitte eine „Gefährdung ihrer Lebenskraft“ enthalte. [9]) Darauf geht Leonhard näher ein und sieht zum Schluß den Mittelweg zwischen starrer Form und allzu großer Gebundenheit in dem Grundsatz: „Der Verstoß gegen die guten Sitten liegt in der Gefährdung ihrer Fortdauer.“

Als Abschluß und Vervollständigung dieses Abschnittes seien im folgenden noch kurz einige Schriftsteller mit ihren Ansichten zitiert.

So sieht Wey l [10]) die geläuterte Anschauung der Allgemeinheit als Faktor an, der über der subjektiven Anschauung des Richters steht und nach welchem sich der Richter entscheiden muß.

---

[1]) S. 95.
[2]) Vgl. zu allem S. 95 ff.; ähnlich Dick, 33, und Beisenkötter, 21.
[3]) S. 43, 73 f.
[4]) Iherings J., 41.
[5]) S. 104, 107 f.
[6]) S. 111.
[7]) S. 5.
[8]) S. 13.
[9]) S. 10.
[10]) S. 230 und Anm. 7.

Das sittliche Gebot, wie es im Bewußtsein des Volkes lebt, ist für Hachenburg [1]) der Maßstab. Ein Verstoß gegen den Anstand, auch ein grober, genügt nicht.

Pinczower [2]) schließt sich der Ansicht an, daß die Anschauung des gesamten Volkes und daneben die der beteiligten Kreise zu berücksichtigen sei. Er gibt zu, daß der Richter bei Anwendung dieses Maßstabes vor Schwierigkeiten gestellt ist und der Gefahr unterliegt, sein subjektives Empfinden entscheiden zu lassen. Pinczower will diese Gefahr durch systematische Erfassung der einzelnen Tatbestände nur für ein begrenztes Lebensgebiet einschränken und die Anwendung der allgemeinen Anschauung dadurch erleichtern.

Eine eingehende Darstellung findet man bei Herzog. Nach langen Erörterungen kommt er zu folgendem Resultat. [3]) Es ist falsch, daß das Gesetz in erster Linie auf die Anschauungen der Allgemeinheit verweisen will. Diese muß der Richter erst in eine konkrete Norm bringen, während die positive Sitte und die Rechtsregel bereits formuliert und anwendungsbereit sind. Daraus ergibt sich, daß die bereits formulierte positive Sitte der noch nicht formulierten allgemeinen Anschauung vorzuziehen ist. Der Richter hat also zunächst nach der positiven Sitte zu entscheiden, die für den betreffenden Fall als Regel dem Gemeinwillen entspricht. Erst wenn sich die positive Sitte als lückenhaft erweist, sind zur Ergänzung, also subsidiär, die Anschauungen der Gesamtheit heranzuziehen.

Broecker [4]) sagt, der Begriff „gute Sitten" müsse „aus einer Anzahl gleich oder ähnlich liegender Fälle auf einen bestimmten Kreis wirtschaftlicher, beruflicher oder gesellschaftlicher Betätigung radiziert werden".

dd. aaa.

Wollte man jetzt schon zu allen diesen Meinungen Stellung nehmen und eine Definition des in Frage stehenden Begriffes herbeiführen, so bestände die Gefahr, daß die erzielte Begriffsbestimmung keine Rücksicht nimmt auf die praktische Entwicklung und den derzeitigen Stand der Frage, wie er sich in der Rechtsprechung abzeichnet.

Demgemäß soll im folgenden das Bild des Kampfes der Meinungen durch eine systematische Darstellung ergänzt werden. Es wird dabei darauf ankommen, die Rechtsprechung nach gewissen Gesichtspunkten zu ordnen, die sich in ihr selbst zeigen. Bei Enneccerus [5]) finden wir eine Einteilung der Fälle, auf die § 826 in der Rechtsprechung Anwendung gefunden hat. Nach allgemeinen Bemerkungen über die Lehren, die man aus der Rechtsprechung über § 826 zu ziehen hat, kommt Enneccerus [6]) zu einer Gruppierung, die er nicht als umfassend bezeichnen kann, weil eben Fälle vorliegen, die sich keiner Gruppe einordnen lassen.

Richtet sich diese Einteilung nach praktischen Gesichtspunkten, so stützt sich die Gruppierung, die man bei Dick [7]) findet, auf

---

[1]) S. 64.
[2]) S. 3 f.
[3]) S. 123 f.
[4]) S. 40.
[5]) I, 2, § 453.
[6]) I, 2, § 453, III a bis i.
[7]) S. 38 ff.

die Teilung in absolut und in relativ moralwidrige Fälle. Unter den absoluten sind wieder die zu unterscheiden, die unsittlich, und die, welche bloß anrüchig sind. Nach seiner Darstellung ist die Zusammenfassung und Gruppierung der relativ moralwidrigen Fälle schwierig, da hier die konkreten Umstände eine zu große Rolle spielen. Daher kommt es vor, daß einzelne Fälle sich nirgends einordnen lassen, sondern als solche stehen bleiben müssen.[1])

Diese Gruppierungen geben keinen Anhaltspunkt dafür, wie die Rechtsprechung zu einer Klärung des Begriffs „gute Sitten" kommt. Man erhält vielmehr nur einen Ueberblick über Kategorien von Handlungen, in denen ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 enthalten ist. Aehnlich verhält es sich mit den Kommentaren, die eine bloße Aufzählung der wichtigsten Fälle aus der Praxis bringen.[2]) Eine ähnliche Einteilung wie Enneccerus gibt Warneyer.[3]) Gemeinsam ist fast allen die Warnung vor der Ueberschätzung der Präjudizien.

bbb.

Es fragt sich nun, ob diese Einteilungen ausreichen, um die allgemeine Bestimmung der guten Sitten herauszufinden, auf deren Grundlage die Rechtsprechung alsdann entscheidet, ob der jeweils zu beurteilende Tatbestand ein sittenwidriger ist. Man wird versuchen müssen, die guten Sitten aus der Rechtsprechung herauszukristallisieren, ohne daß man dabei eine Gruppierung der Fälle vornimmt. Erst wenn dieser Weg nicht gangbar sein sollte, wird es nötig sein, die Anwendungsfälle des § 826 nach Gesichtspunkten zu ordnen, die sich aus der Art der Handlung ergeben, z. B. Boykott, Lohnkampf usw., um so festzustellen, wann die Rechtsprechung einen Verstoß gegen die guten Sitten für vorliegend erachtet. Diese Unterscheidung zwischen der Begriffsbestimmung der „guten Sitten" und der des Verstoßes dagegen ist m. E. erforderlich, wird aber selten hervorgehoben. Ehe man nämlich zu der zweiten Bestimmung kommt, muß man wissen, was die guten Sitten sind, denn der Verstoß dagegen umfaßt ja die „guten Sitten"; geht aber noch weiter, indem eben von einem „Verstoß" dagegen die Rede ist. Es sind also die „guten Sitten" zu bestimmen, als Gegensatz zu den „schlechten Sitten", unabhängig von der Anwendung des § 826. Das Ergebnis genügt aber noch nicht, sondern dann muß erst festgestellt werden, wann ein „Verstoß" gegen die „guten Sitten", wofür der gefundene Begriff einzusetzen ist, vorliegt, was alles ein solcher Verstoß sein kann. Diesen Standpunkt findet man bei Solemacher-Antweiler[4]), der zunächst die Beurteilung des Reichsgerichts über das, was gute Sitte ist, darauf des Verstoßes dagegen bespricht.

Wendet man sich nun der Rechtsprechung selbst zu, so findet man unzählige Entscheidungen sowohl des Reichsgerichts als auch der anderen oberen Gerichte, die, meistens in aller Kürze, versuchen, einen Maßstab für die guten Sitten anzugeben. Den brei-

[1]) So auch Beisenkötter, S. 23 ff.

[2]) Staudinger II. 2, S. 1735 ff. Bem. 3 c δ zu § 826; Planck, II, 992 ff. Bem. 2 c α zu § 826; Finger 31 ff. Bem. 6 a bis r zu § 1 und S. 402, Bem. 5 c β zu § 17; Oertmann, 1076 f. Bem. 2 c zu § 826, S. 1078 ff. Bem. 4 zu § 826.

[3]) I, 1316 f. Bem. 1 zu § 826.

[4]) S. 24 ff.

testen Raum nimmt hierbei die Gruppe der Entscheidungen ein, die das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, das herrschende Volksbewußtsein zur Grundlage nehmen. Das Reichsgericht hat in der bekannten Entscheidung im 48. Bde., S. 124, den Anfang damit gemacht und dadurch die große Nachfolgerschaft der späteren Entscheidungen bis in die letzte Zeit hinein hervorgerufen. Wird in der ebengenannten Entscheidung etwas näher erläutert, welche Grenzen zu ziehen sind, so begnügt sich der Richter in Zukunft meist mit der Anführung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden, manchmal mit, manchmal ohne Hinweis auf jene grundlegende Entscheidung. So geschieht es in RG. 53, 177; 54, 259; 55, 372; 56, 279; 60, 104; 65, 337; 69, 280; 71, 112; 72, 176; 73, 113; 76, 112 und 319; 77, 220; 79, 418; 83, 239; 85, 345; 86, 196; 94, 193; 95, 313; 104, 330; 105, 6; OLG. 7, 185; 18, 78; 28, 278; 33, 200; 36, 282; 37, 235; 39, 192; JW. 1904 482; 1906 16; 1906 198; 1906 456; 1907 202; 1908 711; 1910 470; 1911 585; 1912 292; 1913 484; 1923 294; Gruch.-Beitr. 58, 990; 63, 313, 328; 64, 214, 465; 65, 218, 468; Warn.-Entsch. 1909 Nr. 506 und 537; 1919 Nr. 63; 1920 Nr. 74, 143, 145; 1923/1924 Nr. 48, 89, 153; Seuff.-A. 73, S. 22 und 217; 77, 132; Bay. Ob.-LG. 17, 123. Diese Aufzählung beansprucht nicht, erschöpfend zu sein. Ein Bestreben ist in dieser Gruppe nicht zu verkennen. Man hat sich bemüht, dasselbe, was im 48. Bande steht, mit anderen Worten zu sagen, vielleicht um den Eindruck einer gar zu stereotypen Nachsagerei zu vermeiden. Es wird sich zeigen, ob das von Vorteil für die Bestimmung der „guten Sitten" ist. Schon die oft zitierte Entscheidung im 48. Bande läßt durchaus die Möglichkeit zu, die Sittenanschauungen eines bestimmten Volkskreises, soweit sie herrschende Sitte sind, zu berücksichtigen, nicht aber die aufgekommene Geschäftspraktik, die möglicherweise Unsitte sein kann. Von dieser näheren Bestimmung macht die Entscheidung auch gleich Gebrauch, indem sie die Anschauung des ehrbaren Kaufmanns im Geschäftsverkehr als Maßstab angibt. Hier ist besonders die Entscheidung im 55. Bande zu erwähnen. Dort erhält man auf Seite 372 einen ziemlich konkreten Maßstab. Weder die niedrige Denk- und Handlungsweise ist maßgebend, auch wenn sie in manchen Volkskreisen herrschend sein sollte, noch die vornehme Gesinnung gewisser Kreise oder Personen. Derjenige handelt gemäß den guten Sitten, dessen Tun sich zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Mannes und eines solchen bewegt, der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt.[1] In anderen Entscheidungen werden „Sitte und Recht im Geschäftsverkehr"[2], „Redlichkeit und Anstand im Geschäftsverkehr"[3] „Anstandsgefühl eines redlichen Geschäftsmannes"[4], die „Anschauungen ehrbarer Kaufleute"[5] als maßgebend angesehen. In allen diesen Entscheidungen liegt m. E. nur eine Anerkennung des im 48. Bande aufgestellten Maßstabes. Ebenso verhält es sich wohl, wenn in vielen Entscheidungen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" nicht wörtlich, sondern in Abänderungen

---

[1]) RG. 58, 217.
[2]) OLG. 18, 78.
[3]) RG. 83, 388.
[4]) RG. 85, 345.
[5]) OLG. 37, 325; JW. 1906, 60; 1911, 652; Warn.-Entsch. 1909, Nr. 506.

zitiert wird. Z. B. spricht RG. 66, 240 von den „Anforderungen an Redlichkeit und Anstand". RG. 71, 436 setzt neben das Anstands- das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.[1]) RG. 94, 193 nimmt das „Anstandsgefühl jedes rechtlich denkenden Menschen" als maßgebend an.[2]) Hier überall findet man also das Gerechtigkeits-, Billigkeits- und Anstandsgefühl des billig, gerecht oder rechtlich denkenden Menschen als grundlegend hingestellt.

Nun gibt es aber eine andere Gruppe von Entscheidungen, die das, was „gute Sitte" ist, als sittlich ansieht, was gegen die „gute Sitte" ist, als unsittlich oder sittlich verwerflich.[3]) Daraus geht allerdings noch nicht hervor, daß man in § 826 statt „gegen die guten Sitten" „gegen die Sittlichkeit" zu setzen habe. Oft findet man nämlich auch das, was das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gebietet, als sittlich, oder was dagegen verstößt, als sittlich verwerflich und unsittlich bezeichnet.

Einen völlig anderen Gesichtspunkt findet man in RG. 85, 202; 91, 79; JW. 1904 370; Gruch.-Beitr. 52 1045; Seuff.-A. 76. 349; Warn.-E. 1908, 38; 1909 Nr. 451.

Hier sind Treu und Glauben als Maßstab angegeben. So wird in JW. 1904, 370, die Behauptung aufgestellt, daß ein bewußter Verstoß gegen Treu und Glauben zugleich einen solchen gegen die guten Sitten enthalte. Verletzung von Treu und Glauben ist neben dem Verstoß gegen die im Verkehr zu verlangende Redlichkeit die Voraussetzung zur Anwendung des § 826 in RG. 85, 202.

Wieder einen anderen Gesichtspunkt erhält man in RG. 64, 159, wonach gegen die guten Sitten verstößt, wer dem öffentlichen höheren Interesse zuwiderhandelt.

Damit ist jedoch das Gebiet der Entscheidungen keineswegs erschöpft, doch sollen ja hier nur die Hauptpunkte gezeigt werden, um zu prüfen, ob man aus der Rechtsprechung einen handlichen Maßstab für die guten Sitten entnehmen kann.

Diese verschiedenartigen Maßstäbe sind natürlich eine Folge des Meinungskampfes über den fraglichen Begriff. Auch der Richter nimmt in diesem Streit für die eine oder andere Ansicht Stellung und macht die für richtig erkannte Meinung zur Grundlage seiner Urteile. So findet man in den Entscheidungen, die Treu und Glauben als Maßstab ansehen, eine Anlehnung an Schneiders Ansicht, wie sie oben [4]) dargestellt ist.

Auch das so häufig wiederkehrende „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" hat seine Grundlage. Der 6. Zivilsenat hat diesen Ausdruck im 48. Bande nicht aus der Luft gegriffen, sondern schon als Zitat angeführt, das den Motiven [5]) entnommen ist. Diese gewähren damit dem Richter „einen Spielraum, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist" [6]) Man erkennt also schon hier die Absicht des Gesetzgebers, nur

---

[1]) So auch RG. 71, 112.
[2]) Ähnlich JW. 1911, 585.
[3]) RG. 64, 158; 65, 428; 66, 384; 67, 153; 74, 230; 78, 353; 79, 19; 90, 254; 92. 139; 98, 77; OLG. 23, 43; Warn. 1916, Nr. 15.
[4]) S. 12 d. Arbeit.
[5]) II, 727.
[6]) I, 211 und II, 727.

einen allgemeinen durchschnittlichen Maßstab aufzustellen, alles andere aber „der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes“ [1]) zu überlassen. Wenn nun die Rechtsprechung des öfteren den mehrfach erwähnten Satz zur Grundlage nimmt, so will sie damit eben auch nur einen allgemeinen Maßstab geben. Daran ändert es nichts, wenn man zugesteht, daß die sittlichen Begriffe eines bestimmten Volkskreises berücksichtigt werden sollen. Damit ist die Grenze wohl etwas enger gezogen, beseitigt aber nicht den Charakter des allgemeinen Maßstabes.[2])

Es ist die Frage, ob man mit diesem durchschnittlichen Begriff zufrieden sein kann oder gar muß, oder ob es möglich ist, eine enger begrenzte Bestimmung zu finden, die stets angewandt werden kann.

Bei der Durchsicht der Entscheidungen, die den mehrfach erwähnten allgemeinen Maßstab anerkennen, kann man sich nicht der Einsicht verschließen, daß die allgemeine Fassung dieser Formel für die Klärung des Begriffes bis heute nicht von Vorteil gewesen ist. Auf Grund dieser allgemeinen Norm kann man eine Handlung als „gegen die guten Sitten verstoßend“ bezeichnen, während ein anderer sie als keineswegs sittenverletzend erklärt und doch auf Grund der gleichen allgemeinen Formel urteilt. Daraus folgt, daß der Beurteiler durchaus nach seinem persönlichen Empfinden, nach seinen Kenntnissen und Erfahrungen in den Dingen des menschlichen Lebens, nach seinem Feingefühl, vorgehen kann. Wenn auch der Begriff der „guten Sitten“ kein feststehender, sondern ein dem Wandel der Zeiten und Anschauungen unterworfener ist [3]), so heißt das doch nicht, daß die Anschauung des einzelnen maßgebend sein soll. Ein weiterer Nachteil liegt m. E. darin, daß diese allgemeine Formel dazu geführt hat, die Begriffe Recht, Sitte und Sittlichkeit nicht klar genug auseinanderzuhalten. Daher kommt es, daß einmal das, was gute Sitte ist, als „Sitte“, ein andermal als „Sittlichkeit“ bezeichnet wird, ohne des näheren zu begründen, warum das so ist. In jedem Falle erscheint mir die allgemeine durchschnittliche Norm als in der praktischen Anwendung unbefriedigend.

ee.

Wie ist es nun aber mit den bereits erwähnten, von der Literatur gegebenen Maßstäben für die guten Sitten? Hier möchte ich Enneccerus [4]) beipflichten, der die Anwendung eines philosophischen Systems glatt ablehnt. Schon die Praxis gibt Enneccerus recht. Eine Anlehnung an eines dieser Systeme findet man auch nur in den Entscheidungen, die an Hand von Treu und Glauben die guten Sitten bestimmen. Die weitaus größere Zahl der Urteile stützt sich auf die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“, genau so, wie es diejenigen Schriftsteller tun, die mit Enneccerus ein System entweder ablehnen oder nicht einmal das Vorhandensein solcher Systeme erwähnen. Dieser Gesichtspunkt nimmt schon gegen die systematischen Darstellungen des Begriffs der „guten Sitten“ ein. Eine eingehende Widerlegung ist hier nicht möglich. Letzten Endes scheitern alle Systeme m. E. daran, daß immer noch irgendein Begriff zu klären bleibt,

[1]) Mot. I 212.
[2]) Vgl. Staudinger, II, S. 1733, Berm. 3 c α zu § 826.
[3]) Staudinger, II, 2, S. 1733. Bem. 3 c α zu § 826.
[4]) I, 2, § 453, II, 3 a.

bevor man wirklich weiß, was gute Sitten sind. Man könnte hier sagen, daß das so sein muß, weil der Begriff der guten Sitten kein feststehender ist, daß also auch in dem durchgeführtesten System ein Punkt offen bleiben muß, an dem sich die Entwicklung betätigen kann. Dieser Einwand wird aber nicht durchschlagend sein. Es gilt doch, eine genau umgrenzte Grundlage zu finden, die keine Lücke aufweist. Auf dieser soll dann die Entwicklung aufbauen. Da jedoch keine der zahlreichen Lehren lückenlos ist, scheint es gar nicht möglich, irgendeine von ihnen als Grundlage zu nehmen. Gewiß ist zuzugeben, daß der von der Rechtsprechung aus den Motiven [1]) entnommene Satz an dem gleichen Fehler krankt. Ich möchte ja auch diese Gurndlage ablehnen und, wie im folgenden zu erörtern ist, zu einem anderen Resultat kommen.

Den einzelnen Systemen haften folgende Fehler an. Stammler [2]) sagt, der Richter habe „richtiges Recht" als Norm anzuwenden. Wie aber sieht dieses „richtige Recht" beim konkreten Verstoß gegen die guten Sitten aus? Die Beantwortung wird um so schwieriger sein, als Stammler dem Richter die Möglichkeit, die innere Gesinnung einerseits, andererseits die Regeln des Anstandes. der Sitte oder der Moral als maßgebend anzuerkennen, nimmt.

Steinbach stellt den Verweis auf die „guten Sitten" als Blankettverweisung hin, die der Richter im Wege der Fortentwicklung des Rechts, der Abgrenzung des Einzelinteresses durch das Gesamtinteresse auszufüllen habe. Er vergißt ebenso wie Stammler, daß jeder konkrete Fall einem Richter zur Beurteilung vorliegt, also einem Menschen, der genau so der Beeinflussung durch seine Anschauungen unterliegt wie ein anderer Mensch. Bis zu einem gewissen Grade kann er sich wohl freimachen, aber nie völlig. Bei der Feststellung des richtigen Rechts oder des Gesamtinteresses wird also immer das mitspielen, was der Richter persönlich denkt, und das kann sich mit dem wirklichen richtigen Recht, so wie es Stammler haben will, oder mit dem Gesamtinteresse, so wie es Steinbach haben will, decken, muß es aber nicht.

Bei der Ansicht Schneiders [3]), daß „Treu und Glauben" den guten Sitten gleichzusetzen sei, bedarf es wieder der Bestimmung dessen, was Treu und Glauben gebietet.

Lotmars [4]) Theorie scheitert eben auch daran, daß der Richter auch nur als einzelne Persönlichkeit feststellen kann, was zu seiner Zeit als Moral anerkannt und geübt wird. Die Zuziehung von Sachverständigen ist wohl nur als Notbehelf anzusehen.

Man kann nur Liszt beipflichten, der in dem Begriff der „guten Sitten", wie er im BGB. enthalten ist, eine Gefährdung der Rechtssicherheit und der Rechtsprechung sieht.

Damit wären die hauptsächlichsten Ansichten kurz besprochen. Am treffendsten erscheint mir die von Herzog [5]) vertretene, daß nämlich die allgemeinen Anschauungen noch nicht formuliert und deshalb nur subsidiär anzuwenden seien.

M. E. hat man bei der Bestimmung dessen, was gute Sitte ist, gerade auf die Praxis große Rücksicht zu nehmen, und zwar aus folgendem Grunde:

---

[1]) II, 727
[2]) S. 48.
[3]) Treu und Glauben, S. 12.
[4]) S. 95
[5]) S. 123 f.

Man wird heutzutage der Rechtsprechung, insbesondere der der oberen Gerichte, die Eigenschaft nicht aberkennen, daß sie auf die breite Masse einwirkt. Es ist ein alltägliches Ereignis, daß die Tageszeitungen Urteile dieser Gerichte abdrucken, wie dies z. B. besonders häufig in Aufwertungsfragen geschieht. Wenn man den Zweck dieser Verbreitung von Gerichtsurteilen erforscht, so muß man sagen, daß hierin gewissermaßen eine Vorbeugungsmaßnahme liegt. Es soll der breiten Masse gezeigt werden, wie man sich benehmen müsse, um vor dem Richter siegreich zu sein. Dieses muß man tun, jenes aber unterlassen. Ob nun diese Art von Einfluß immer von Vorteil für die Weiterentwicklung des Rechts ist, soll hier nicht untersucht werden. Eines steht jedenfalls fest: die breite Masse wird mit den Gepflogenheiten bekannt, die der Rechtsprechung eigen sind. Hierdurch wird zur Klärung und Verbreitung dessen, was Rechtens ist, beigetragen. Es zeigt sich also, daß unserer Rechtsprechung auch die Aufgabe zukommt, mit der Fortentwicklung des Rechtes auch die Fortentwicklung des Volkes bezüglich der Kenntnis der Rechtssätze zu fördern.

So verhält es sich auch im vorliegenden Falle. Was wirklich das herrschende Volksbewußtsein und das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ganz allgemein als gute Sitte hinstellt, erfährt man in keiner Entscheidung. Der Richter geht immer nur von diesem allgemeinen Satz aus und sagt dann ganz konkret, daß dieser Boykott oder jene Aussperrung die „guten Sitten" verletze. Nun erlebt man einen merkwürdigen Vorgang. Das auf Grund des herrschenden Volksbewußtseins gefällte Urteil wirkt erst bildend und entwickelnd auf das herrschende Volksbewußtsein. Die in Frage kommenden Kreise des Volkes werden durch die Kenntnisnahme des Urteils lernen, wie sie sich zu benehmen haben, wenn ein Boykott oder eine Aussperrung die „guten Sitten" nicht verletzen soll. Nun muß ja damit nicht gleich jeder die „guten Sitten" verletzende Boykott aus der Welt geschafft sein, denn auch hier geht die Entwicklung langsam vor sich. Erst wenn die betreffenden Kreise immer und immer wieder erfahren, welcher Boykott, welche Aussperrung, welcher Verruf usw. die guten Sitten verletzt, werden sie lernen, einen Boykott usw. so durchzuführen, daß er nicht mehr sittenwidrig ist.

Damit ist auch ein Punkt gegeben, an dem man ansetzen kann, um über die guten Sitten ein letztes zu sagen. Es hat sich gezeigt, daß der Satz vom Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden ein ganz allgemeiner ist und nicht besagt, was in jedem Falle gute Sitte ist. Es ergibt sich, daß es nicht möglich ist, dies zu ergründen und für alle Arten von Verstößen gegen § 826 eine feste Formel zu erhalten. Man wird vielmehr folgendes Resultat feststellen können.

Ausgehend von den in den Motiven [1]) enthaltenen allgemeinen Grundsatz hat die Rechtsprechung keinen konkreten Begriff für „gute Sitten" gefunden. Sie hat vielmehr im Laufe der Entwicklung festgestellt, was mit Rücksicht auf eine Gruppe gleicher oder ähnlicher Handlungen „gute Sitte" ist.

Des näheren ist hierzu zu sagen: wenn man z. B. alle Urteile zusammenfaßt, die einen Boykott betreffen, so wird man sehen, daß sie alle einen einheitlichen Zug tragen, so daß man am Ende

[1]) II, 727.

sagen kann: Im Falle eines Boykotts bestehen die „guten Sitten" in der Innehaltung der und der Grenzen. Damit ist also gesagt, was für den Boykott „gute Sitte" ist. Ebenso ist es mit anderen Gruppen von Handlungen. Gewiß führt der Richter immer wieder das herrschende Volksbewußtsein und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden an, sein Urteil aber fällt er nicht mehr auf dieser allgemeinen Grundlage, sondern gewissermaßen schon vor einer höheren Stufe aus. Er stützt sich neben dem genannten allgemeinen Grundsatz auch auf schon vorher ergangene Entscheidungen, verweist oft darauf und billigt das, was man bisher bei der und der Handlung als gute Sitte ansah.

Das ist die Erkenntnis, die man wohl aus der Rechtsprechung ziehen kann.

Man wird dagegen einwenden, daß eine Fortentwicklung von dem allgemeinen Grundsatz zu einer höheren Stufe nicht zu sehen ist, da heute ein Urteil in irgendeiner Gruppe von Handlungen nach den gleichen Richtlinien gefällt wird wie vor Jahren oder gar Jahrzehnten. Hier möchte ich nur darauf hinweisen, daß eine Entwicklung erst seit 25 Jahren in Frage kommt und daß eine solche Zeitspanne, wie bei jeder Entwicklung, so auch hier, nicht groß genug ist. Damit soll auch zugegeben sein, daß die Entwicklung weiter fortschreitet, daß man also wohl sagen kann, heute ist z. B. der Boykott unter den und den Bedingungen sittenwidrig, daß man aber nicht sagen kann, ob das in einiger Zeit noch ebenso ist.

Ein anderer Einwurf könnte dahin gehen, daß dem Richter Handlungen vorgelegt werden, die sich keiner Gruppe einordnen lassen, für die also noch nicht feststeht, was „gute Sitte" ist. Gewiß ist das der Fall. Aber hier ist es nur eine Frage der Zeit, daß man gleich oder ähnlich liegende, in Zukunft vorkommende Fälle zusammenfaßt und so eine neue Gruppe erhält, von der das Gesagte bezüglich der guten Sitten gilt.

Damit ist auch erreicht, daß die Anschauungen der betreffenden Kreise genügend berücksichtigt werden, wie es ja vielfach verlangt wird.[1]) Das Resultat der Untersuchung über den Begriff der „guten Sitten" findet sich in ähnlicher Form schon bei Broecker.[2]) Die auf Seite 15/16 dieser Arbeit erörterte Frage, wie man bei der Bestimmung der „guten Sitten" und des „Verstoßes" dagegen vorzugehen habe, ist dahin zu beantworten, daß sich ohne eine Gruppierung der vorhandenen Entscheidungen, also ohne zu zeigen, was ein „Verstoß" gegen die guten Sitten ist, auch nicht darstellen läßt, was „gute Sitte" ist.

Damit ist der Streit um die „guten Sitten" jedoch noch nicht zu Ende. Es bleibt nämlich noch zu entscheiden, ob man bei der Beurteilung einer Handlung, bei der ein Verstoß gegen die guten Sitten in Frage steht, nur die objektiven Momente, oder auch die subjektiven heranziehen soll. Hier vertritt Staudinger[3]) die Ansicht, daß auf die subjektive Meinung des Täters keine Rücksicht zu nehmen sei, wenn die Handlung objektiv die guten Sitten verletze. Doch könne es im Einzelfalle auf die Gesinnung des Täters ankommen, auch darauf, ob die Handlung in der Lage des Täters gerechtfertigt war. Andererseits mache das Motiv allein die Tat nie

[1]) Vgl. Enneccerus I, 2, § 453, II, 3a; RG. 48, 124.
[2]) S. 40.
[3]) II, 2, S. 1733. Bem. 3c α zu § 826.

zu einer sittenwidrigen.[1]) Im allgemeinen nimmt man an, daß sich die subjektiven Momente, hier der Vorsatz, nur darauf beziehen, daß eine einen anderen schädigende Handlung vorgenommen wird, nicht auf die Sittenwidrigkeit der Handlung.[2]) Das RG. vertritt im allgemeinen den gleichen Standpunkt.[3]) Besonders scharf trennt RG. 90, 108, die Tatbestandsmerkmale des § 826 voneinander. Das objektive Merkmal der sittenwidrigen Handlung ist von dem der Schadenszufügung, auf das allein sich der Vorsatz des Handelnden richtet, genau zu unterscheiden. Eine andere Ansicht zeigt sich dagegen in RG. 71, 112.[4]) Hier wird erklärt, daß bei der Anwendung des § 826 neben der objektiven auch die subjektive Seite in Betracht gezogen werden muß.

Man wird sich der Ansicht nicht verschließen können, daß eine Berücksichtigung der Gesinnung des Täters erforderlich ist. Gewiß ist es nicht nötig, daß der Täter sich der Sittenwidrigkeit seiner Handlung bewußt war. Eine vorsätzlich schädigende Handlung fällt schon unter § 826, wenn sie objektiv sittenwidrig ist, sei es, daß die Gesinnung des Täters als auf die Sittenwidrigkeit abzielende erkannt wird, oder sei es, daß sich aus seiner Gesinnung bezüglich der Verletzung der guten Sitten gar nichts erkennen läßt. Von Bedeutung ist dagegen seine Gesinnung, wenn an und für sich ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, die Rechtslage aber erkennen läßt, daß sein Vorgehen gerechtfertigt war. Zeigt sich hier, daß der Handlung keine schlechte oder niedrige Gesinnung zugrunde lag, so ist § 826 nicht anzuwenden.

Die Frage, ob objektive und subjektive Momente zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit heranzuziehen seien, ist davon nicht zu trennen, ob Bewußtsein der Sittenwidrigkeit erforderlich ist. Dies wird im allgemeinen verneint, was durchaus zu billigen ist.[5]) Dem widerspricht auch nicht der eben dargelegte Standpunkt bezüglich Heranziehung der Gesinnung des Täters, denn das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wird ja nur in ganz besonderen Fällen gefordert, um nicht zu ungerechten Urteilen zu kommen.

ff.

Bei der Einteilung der Rechtsprechung muß man genauer vorgehen, als es im allgemeinen geschieht, weil es sonst schwierig ist, herauszufinden, was die Rechtsprechung in jeder Gruppe dieser Einteilung als gute Sitte hinstellt. Vielfach begnügt man sich nämlich mit der losen Aneinanderreihung von Fällen, die dem betreffenden Verfasser als besonders wichtig erscheinen.[6]) Hier ist jedoch eine ziemlich erschöpfende Zusammenfassung nötig, denn es soll nicht auf Grund einzelner oder gar eines einzelnen Falles gesagt werden, was „gute Sitte" ist. Aus einer möglichst erschöpfenden Gruppierung muß das Ergebnis gewonnen werden. Zu diesem Zweck erscheint mir die Einteilung des Anwendungsgebiets

[1]) Ähnlich Enneccerus I, 2, § 453. Anm. 8; vgl. auch § 446, Anm. 3.

[2]) Endemann, I, § 200. Anm. 39; Crome, II, § 330, 3; Planck II, Anm. 2 b zu § 826; Warneyer I, Anm. II zu § 826.

[3]) RG. 62, 139; 63, 148; 72, 176; 79, 23.

[4]) Vgl. auch JW. 1912, 292; Warn. 1909, Nr. 506.

[5]) Vgl. S. 6 dieser Arbeit.

[6]) Z. B. Warneyer, I, 1316 ff' Anm. I zu § 826.

von § 826 als Grundlage ausreichend, die Enneccerus gibt.[1]) Unwesentlich ist es, ob die Reihenfolge dieser Einteilung innegehalten wird.

1. Zunächst kommen als umfangreichste Gruppe die Verletzungen der guten Sitten durch arglistige Täuschung in Frage. Sie bestehen darin, daß jemand bewußt die Täuschung, d. h. das vorsätzliche Hervorrufen, Bestärken und Erhalten einer irrigen Vorstellung in einem anderen als Mittel gebraucht, den anderen zu einer Willenserklärung zu bestimmen, die er ohne die Täuschung nicht abgegeben hätte.[2]) Die Durchsicht der in diese Gruppe fallenden Entscheidungen bietet ein gleichmäßiges Bild. Um für die Fälle der Arglist festzustellen, was gute Sitte ist, genügt es zu untersuchen, ob der jeweils vorliegende Fall den oben angeführten Tatbestand der Arglist erfüllt. Die gute Sitte ist also hier das Gegenteil von Arglist. Die Rechtsprechung begnügt sich damit, das Vorhandensein der arglistigen Täuschung festzustellen und dieses als die guten Sitten verletzend anzusehen.[3]) Ob die Anfechtung nach § 124 erfolgt ist, ist für die Anwendung des § 826 gleichgültig.[4])

2. Ein umfangreiches Gebiet ist die Gruppe der Entscheidungen über den Lohn- und Klassenkampf. Auch Interessen- und Konkurrenzkämpfe gehören hierher. In der Reihenfolge von Enneccerus steht diese Gruppe an zweiter Stelle. Ich füge sie hier ein, um die große Bedeutung des § 826 auf diesem Gebiete zu würdigen. Wo die straf- und zivilrechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht ausreichen, da tritt im Gebiete des gewerblichen Wett- oder Lohnkampfes der § 826 als Mittel ein, um Ausschreitungen und Auswüchse zu bekämpfen.[5]) Hier gilt es, als noch im Bereiche der guten Sitten liegend, wenn das eigene berechtigte Interesse dem eines anderen nicht nachgesetzt wird, selbst wenn diese Interessenverfolgung einem anderen Schaden bringt. Damit ist also der Interessenkampf, die Vertretung des berechtigten eigenen Interesses als innerhalb der guten Sitte anerkannt. Unlauterer Beweggrund und Zweck, auch die Art der Durchführung des Kampfmittels sind hier die Umstände, unter denen eine Interessenverfolgung nicht mehr gute Sitte ist.[6]) Das gleiche gilt von Streik und Aussperrung. Solange hier die angewandten Mittel nicht unsittlich sind, ist auch der Kampf kein sittenwidriger. Wenn der erstrebte Vorteil in keinem Verhältnis zum Nachteil des Gegners steht, widerspricht dies der guten Sitte.[7]) „Gute Sitte" ist hier alles, was sich nicht als „Maßnahme der Willkür und Ge-

---

[1]) I, 2, § 453, III a bis i.

[2]) Enneccerus I, 1, § 162 I.

[3]) RG. 59, 104 ff., 156 ff.; 63, 147 ff., 268 ff; 74, 230; 84, 332 ff.; 85, 343 ff.; 88, 406 ff.; 94, 191 ff.; 95, 54 ff., 160 ff; 98, 74 ff.; 100, 55 ff., 175 ff.; OLG. 20, 282 f., 28, 282 f.; 36, 281 f.; 38, 67 f. und 223; 39, 190 f.; JW. 1904, 482; 1907, 201 f.; 1910, 187; 1911, 324 f. und 659 ff.; Gruch. Beitr. 50, 968 ff.; 52, 1037 ff., 1044 ff.; Warn. 1909, Nr. 451; 1920, Nr. 41; DJZ. 1906, 1095; Seuff. A. 63, 349 f.

[4]) RG. 59, 156; 63, 269 f.

[5]) RG. 48, 125; 51, 384; OLG. 7, 185 f.

[6]) RG. 64, 155 ff.; 93, 302 ff.; 107, 386 ff.; JW. 1912, 294 ff.; 1914, 460 ff.

[7]) JW. 1923, 293 ff.

hässigkeit" darstellt.[1]) Geschäftssperre, Boykott, Verrufserklärung, Aufstellen von schwarzen Listen, Arbeiterentlassungen, Streikpostenstehen, Sympathiestreik usw. sind alles Methoden des gewerblichen Wett-, des Lohn-, des Klassen- und des Interessenkampfes, von denen das Gesagte bezüglich der guten Sitten gilt.[2])

3. Dem Gebiete des gewerblichen Wett- und Interessenkampfes verwandt ist die Gruppe der Nachahmungen, insbesondere der Nachahmung von Warenzeichen, insofern als es sich auch hier um die Erreichung irgendwelcher Vorteile dem Konkurrenten gegenüber handelt. Es wird zu unterscheiden sein, ob ein Sondergesetz ein gewerbliches Erzeugnis vor Nachahmung schützt oder nicht. Im letzten Falle liegt die Nachahmung selbst innerhalb der guten Sitten. Wie in der zweiten Gruppe, müssen auch hier erst besondere Umstände hinzutreten, um eine Sittenwidrigkeit herbeizuführen. Mag es noch allenfalls gute Sitte sein, wenn der Täter das Verfahren zur Herstellung des betreffenden gewerblichen Erzeugnisses sich aneignet, so ist es jedenfalls sittenwidrig, wenn er die fertige Arbeitsleistung benutzt.[3]) Die wirkliche Nachahmung von Ausstattungen geht über das hinaus, was gute Sitte ist, wenn Verwechslungsgefahr vorliegt.[4]) § 826 soll aber da, wo ein gewerblicher Rechtsschutz durch ein Sondergesetz nicht gegeben ist, keinesfalls einen solchen schaffen.[5]) Von der Nachahmung sondergesetzlicher gewerblicher Erzeugnisse oder Warenzeichen gilt das gleiche, wie wenn ein solcher Schutz nicht besteht.[6])

4. Von wesentlicher Bedeutung ist der § 826 ferner auf dem Gebiete der Prozeßverschleppung, der Ausbeutung der Rechtskraft eines erschlichenen Urteils u. a. Für arglistig erschlichene Urteile gilt folgendes: Es ist gegen die guten Sitten, wenn man dem, was nicht Recht ist, den Anschein des Rechtes geben will. Die Rechtskraft eines zu diesem Zwecke erschlichenen Urteils verliert ihre Wirkung.[7]) Diesen Grundsatz kannte die Rechtsprechung schon vor der Einführung des BGB.[8]) Das gleiche gilt von einem formell rechtskräftigen, aber arglistig erschlichenen Zuschlagsbeschluß.[9]) Die Gebote der guten Sitte müssen durch die Erwirkung des Urteils, nicht durch das Urteil selbst, verletzt sein, so daß also stets das Verhalten des Täters in dem Prozesse, dessen

---

[1]) RG. 64, 58.

[2]) RG. 48, 114 ff.; 51, 381 ff.; 54, 255 ff.; 56, 271 ff.; 60, 94 ff.; 63, 400 f.; 65, 423 ff.; 66, 379 ff.; 71, 108 ff; 76, 35 ff., 110 ff.; 77, 308 f.; 78, 17 ff.; 79, 224 ff.; 80, 385 ff.; 81, 4 ff.; 85, 177 ff.; 92, 132 ff.; 93, 19 ff.; 104, 627 ff.; 105, 4 ff.; Warn. 1908, Nr. 375 f.; 1909, Nr. 506; 1919, Nr. 63; 1923/24, Nr. 48.; OLG. 7, 184 ff.; 12, 112 f.; 20, 260 f.; 28, 283 ff.; 285 ff.; 32, 263 ff.; JW. 1903, Beil. 40; 1906, 198 f., 595 ff.; Bruch. Beitr. 65, 88 f.; Seuff. A. 67, 441 ff.; 73, 20 ff., 107 ff.; 77, 130 ff.

[3]) RG. 73, 297; 83, 37 ff., 384 ff.; vgl. auch JW. 1925, 250 ff.

[4]) RG. 62, 18 ff.; 79, 415 ff.; 81, 330 ff.; 82, 243 ff.; 85, 197 ff.; 97, 90 ff.; OLG. 28, 277 ff.

[5]) Warn. 1911, Nr. 80.

[6]) RG. 77, 431 ff.; 101, 1 ff.; 106, 250 ff.; JW. 1911, 11 ff.

[7]) RG. 61, 365.

[8]) RG. 36, 249; 39, 142 ff.; 46, 75 ff.

[9]) RG. 69, 277 ff.

Abschluß das erschlichene Urteil bildet, zu prüfen ist.[1]) Die Ausnutzung der Rechtskraft des einwandfrei erlangten Urteils liegt innerhalb der guten Sitten, selbst wenn der Ausnützende dessen materielle Unrichtigkeit kennt. Hier stehen dem Schuldner nur die in der ZPO. enthaltenen Rechtsmittel zu.[2])

Gegen den obengenannten Grundsatz der Rechtsprechung wird häufig eingewendet, daß die Rechtskraft des Urteils jeden Anspruch aus § 826 ausschließe. Hier gibt die Rechtsprechung selbst den Ausweg, indem sie sagt, daß von der Anwendung des § 826 die Rechtskraft nicht berührt werde, sondern daß das Urteil als solches bestehen bleibe und nur seine Wirkungen dadurch abgeschwächt werden, daß die unlautere Ausnutzung aus materiellrechtlichen Gründen verwehrt wird. So wird gewissermaßen eine Ausgleichung des Schadens herbeigeführt, der durch die Wirkungen des erschlichenen Urteils entsteht. Deshalb muß eben das Erwirken des Urteils auf den Verstoß gegen die guten Sitten hin untersucht werden.[3])

Die Schadensersatzklage aus § 826 ist in diesen Fällen auch dann zuzulassen, wenn das erschlichene Urteil noch durch die rechtzeitige Anwendung formeller Rechtsbehelfe zu beseitigen ist.[4])

Eine Prozeßverschleppung liegt an und für sich innerhalb der guten Sitten. Sie überschreitet deren Grenzen erst, wenn sie planmäßig mittels wissentlich unrichtiger Einwendungen bewirkt wird.[5])

Auch der arglistig erschlichene Entmündigungsbeschluß gehört zu dieser Gruppe.[6])

5. Die Gliederung bei Enneccerus enthält keine besondere Gruppe für die Entscheidungen über unrichtige Zeugniserteilung, Auskunftserteilung u. a. Da es der Zweck der hier vorgenommenen Gruppierung ist, neben dem Anwendungsgebiet des § 826 vor allem zu zeigen, was in jeder einzelnen Gruppe gute Sitte ist, so ist es notwendig, hier diese Einteilung zu ergänzen. In der nun zu behandelnden Gruppe hat die Rechtsprechung den Grundsatz herausgebildet, daß die Erteilung einer unrichtigen Auskunft nicht mehr den guten Sitten entspricht, wenn sie objektiv unwahr ist und der sie Erteilende sich dieser Unwahrheit bewußt war, sie also wider besseres Wissen erteilt hat. RG. 76, 319 fügt zwar hinzu: „Endlich muß die Handlungsweise des Auskunftserteilenden sittlich verwerflich sein.“ Doch dies erscheint mir als falsch. Denn der eben erwähnte Grundsatz sagt ja schon, wann eine unrichtige Auskunft sittlich verwerflich ist. Er bezieht sich nicht allein auf den Vorsatz, wie die genannte Entscheidung annimmt.[7]) Besonderes ist noch zur Auskunftserteilung durch einen Bankbeamten zu sagen. Hier ist es schon nicht mehr gute Sitte, wenn die Grenze der Leichtfertigkeit überschritten wird, ohne daß die Auskunft bewußt

---

[1]) RG. 67, 151 ff.; 78, 393; OLG. 34, 119 f.; 37, 166; JW. 1912, 37; Warn. 1920, Nr. 110.

[2]) Gruch. Beitr. 63, 611 ff.

[3]) RG. 75, 213 ff.; 78, 393; JW. 1912, 37; Enneccerus I, 2, § 453. Anm. 15.

[4]) RG. 78, 393 f.

[5]) RG. 95, 313; DJZ. 1919, 758 f.

[6]) Warn. 1922, Nr. 46.

[7]) Vgl. ferner OLG. 13, 431 f.; 14, 36; JW. 1902, Beil 276; DJZ. 1906, 1095.

falsch ist.[1]) Auch Verschweigen kann bei einer Auskunft sittlich verwerflich sein. Hier nimmt das RG. schon Fahrlässigkeit als ausreichend an.[2])

Bei der Erteilung von unrichtigen Zeugnissen ist von anderen Gesichtspunkten auszugehen. Sie liegt noch innerhalb der guten Grenzen, wenn der Erteilende die Gewißheit hat, daß derjenige, dem das Zeugnis erteilt ist und dessen Benehmen die Ursache für die Unrichtigkeit des Zeugnisses war, sein Tun bereut und Besserung verspricht.[3])

6. Ein viel erörtertes Anwendungsgebiet des § 826 ist die Verleitung zum Vertragsbruch. Ausführliches darüber findet man bei Hein, Verleitung zum Vertragsbruch. Die Rechtsprechung geht von folgendem Grundsatz aus. Verleitung zum Vertragsbruch ist dann eine Handlung, die nicht mehr den „guten Sitten" entspricht, wenn der Verleitende zielbewußt und planmäßig auf den Vertragsbruch hinwirkt, also Absicht und Zweck unlauter sind.[4]) Daraus ergibt sich also, daß nicht jede Verleitung zum Vertragsbruch eine sittlich verwerfliche ist, sondern daß besonders verwerfliche Handlungen geschehen sein müssen.[5])

7. Eine umfangreiche Gruppe bilden die Handlungen, die lediglich den Schädigungszweck verfolgen, ohne einen Vorteil für den Täter zu erzielen. Aus gleichen Motiven kann die Ausübung eines formalen Rechtes vorgenommen werden. Deshalb möchte ich diese beiden Arten der Verletzung des § 826 in eine Gruppe zusammenfassen. Enneccerus trennt sie allerdings, aber sie folgen in seiner Einteilung auch hintereinander. Den Ausdruck „schikanös" möchte ich vermeiden, um nicht den Eindruck zu erwecken, daß die zu dieser Gruppe gehörigen Handlungen, insbesondere die Rechtsausübungshandlungen, die Voraussetzungen des § 226 erfüllen müssen. Es wird schwierig sein, hier allgemein zu sagen, wann eine Handlung noch im Bereiche der guten Sitten liegt. Dies wird um so mehr der Fall sein, als viele Tatbestände, die dieser Gruppe einzureihen sind, viel Gemeinsames mit einer der bereits erörterten oder noch zu erwähnenden Gruppen haben. Es zeigt sich eben hier besonders, daß der Begriff der guten Sitten absolut nicht feststehend ist, daß der Rechtsentwicklung hier noch eine große Aufgabe vorbehalten ist. Um wenigstens einen ungefähren, auf alle Tatbestände dieser Gruppe anwendbaren Maßstab zu nennen, sei festgestellt, daß die Abwägung des berechtigten Interesses des Handelnden gegenüber seinen Motiven und Zwecken ergibt, was gute Sitte ist.[6]) Auch die angewandten Mittel müssen untersucht werden.[7]) Es wird eben hier auf die Stellungnahme im Streite um das Verhältnis von § 826 zu § 226 ankommen. Nach RG. 86, 191 ff. ist nicht jede unbillige Rechtsverfolgung sittlich verwerflich, sondern nur bei Ueberschreitung einzelner be-

---

[1]) JW. 1911, 584 f.
[2]) Seuff. A. 76, 348 f.
[3]) OLG. 23, 42 f.; Seuff. A. 72, 315 ff.
[4]) RG. 81, 86 ff.
[5]) RG. 78, 14 ff.; 103, 419 ff.; JW. 1906, 465 f.; 1910, 705 f.; vgl. ferner RG. 65, 333 ff.; JW. 1906, 198 f.
[6]) RG. 71, 170; 98, 70 ff.
[7]) RG. 85, 170 ff.

sonderer gesetzlicher Schranken, die nicht bloß der § 226 enthält. In diese Gruppe gehört eine große Zahl von Entscheidungen.[1])

8. Eine weitere Gruppe in der Einteilung bei Enneccerus bildet der Rechtserwerb zu dem Zwecke, Rechte Dritter zu vereiteln. Wie z. B. RG. 62, 137 ff. zeigt, ist hier eine Ähnlichkeit mit der eben abgeschlossenen Gruppe vorhanden. Es ist noch nicht gegen die „guten Sitten", wenn ein gehässiges Motiv vorhanden ist, sondern es muß neben der Art und den Mitteln der Schädigung auch der wesentlichste Bestimmungsgrund in Betracht gezogen werden.[2])

9. Als letzte Gruppe der Enneccerus'schen Einteilung ist die arglistige Schädigung gegenwärtiger oder zukünftiger Gläubiger zu erwähnen. Hier bedarf einer besonderen Hervorhebung der sogenannte 1500-Mark-Vertrag. Für diesen wird man es immer noch als sittlich nicht verwerflich annehmen dürfen, wenn die Vergütung im ganzen nicht den Maßstab dessen überschreitet, was zum Unterhalte des sie Beanspruchenden und seiner Familie zur bescheidenen standesgemäßen Lebensführung nötig ist.[3]) Im übrigen wird man auch hier sagen müssen, daß die Wahl und das Maß der angewandten Mittel mit Berücksichtigung der Begleitumstände die Handlung entweder zu einer sittengemäßen oder sittenwidrigen machen.[4])

10. Es bleibt nun noch eine ganze Reihe von Entscheidungen übrig, die sich sicherlich hier oder da im angewandten Schema einordnen lassen. Doch ist es für unseren Zweck notwendig, die Gruppierung auch weiter vorzunehmen. So ist § 826 noch von Bedeutung, wenn die Erfüllung eines wegen Formmangels rechtsungültigen Vertrages verweigert wird. Ein solches Verhalten liegt also zunächst immer noch im Rahmen der „guten Sitten" da sonst die gesetzlichen Vorschriften über die Form gewisser Verträge und Vereinbarungen bedeutungslos würden. Dagegen ist es nicht mehr gute Sitte, wenn die nicht erfüllende Partei den Vertrag ohne Innehaltung der vorgeschriebenen Form abgeschlossen hat, um den Vertragsgegner, der auf die Erfüllung vertraut, in Sicherheit zu wiegen, während sie selbst von vornherein die Absicht gehabt hat, sich in der Zukunft auf den Formmangel zu berufen. Noch größer ist die Sittenwidrigkeit, wenn man den Vertragsgegner von dem Abschluß eines formgerechten Vertrages abgehalten hat.[5])

11. In der Rechtsprechung finden sich Entscheidungen über sogenannte pacta de non licitando, das sind Verträge, welche die Verpflichtung einer oder beider Parteien, sich des Mitbietens bei einer Zwangsversteigerung zu enthalten, zum Inhalte haben. Hier nimmt die Rechtsprechung nicht ohne weiteres eine Sittenwidrig-

---

[1]) RG. 51, 359 ff.; 53, 171 ff.; 55, 371 ff.; 56, 317 ff.; 58, 356 f., 214 ff., 219 ff.; 66, 238 ff.; 68, 243 ff.; 70, 332 ff.; 91, 72 ff.; 92, 143 ff.; 98, 15 ff.; OLG. 21, 91; 28, 279 ff.; 36, 137 f.; JW. 1906, 61 f.; 1910, 390; 1911, 111 ff.; Gruch. Beitr. 51, 987 ff.; 58, 987 ff.; Bayr. ObLG. 17, 119 ff.; Seuff. A. 72, 88 f.

[2]) RG. 62, 137 ff.; 74, 224 ff.; 78, 14 ff.; 83, 239 ff.; 95, 160 ff.; OLG. 14, 58; Seuff. A. 77, 288 f.

[3]) RG. 81, 41 ff.

[4]) RG. 67, 69 ff.; 69, 59 ff.; 77, 201 ff.; 79, 195 f.; OLG. 41, 139 f.; JW. 1912, 689.

[5]) RG. 82, 299 ff.; 96, 315; Warn. 1908, Nr. 38; 1909, Nr. 537.

keit an. Erst ein planmäßiges Hinwirken auf die Vereitelung des Zweckes der Versteigerung liegt außerhalb der „guten Sitten".[1])

Es bleibt eine Reihe von Entscheidungen übrig, die sich schlecht den Gruppen 1 bis 11 einordnen lassen, sondern vereinzelt stehen bleiben müssen.[2])

Zum Abschluß dieses Kapitels ist noch folgendes zu sagen. Man wird der hier erläuterten Auffassung vom Begriffe der „guten Sitten" entgegenhalten, daß es dieser Umstände nicht bedürft hätte, um zu diesem Ergebnis zu kommen, weil die einfache Annahme des allgemeinen Grundsatzes vom herrschenden Volksbewußtsein und vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden auf kürzerem Wege zu dem gleichen Resultat geführt hätte. Hier möchte ich noch einmal darauf hinweisen, daß mir der erwähnte Grundsatz als ein zu allgemeiner für die Anwendung in der Praxis erscheint. Es war ja nicht das Bestreben dieser Erörterungen, festzustellen, daß die Ergebnisse, wie sie die bisherige Rechtsprechung gezeitigt hat, falsch seien, sondern gerade aus ihnen zu einer praktisch verwertbaren Bestimmung der „guten Sitten" und so zu einer greifbaren Grundlage zu kommen. Da zeigt es sich eben, daß die Ergebnisse der Rechtsprechung nicht die Folge der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes sind, sondern eben auf dem aufbauen, was sich im Laufe der Zeit aus dieser allgemeinen Grundlage heraus als gute Sitte für jede Gruppe gleich oder ähnlich liegender Fälle entwickelt hat. Auch der Vorwurf des Präjudizienkultes dürfte durch diesen Sachverhalt entkräftet sein. Eine Entscheidung soll ja nicht dazu führen, daß ein ähnlich gelagerter Fall zugunsten dieser Entscheidung gewissermaßen vergewaltigt wird. Das wäre allerdings Präjudizienkult. Die bereits ergangenen Entscheidungen über gleiche oder ähnliche Fälle sollen ja für die Zukunft keinen untrüglichen, unabänderlichen Maßstab bilden, sondern nur einen konkreteren als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes.

gg.

Bevor festgestellt wird, wie sich die Ersatzansprüche des Geschädigten gestalten, wenn die Voraussetzungen des § 826 erfüllt sind, ist noch zu prüfen, ob die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten der Revision unterliegt, also eine Rechtsfrage ist. Der RGR.-Komm.[3]) bejaht dies und verweist auf die Rechtsprechung. Die gleiche Ansicht findet man bei Staudinger[4]), Planck[5]), Warneyer.[6]) Crome[7]) sagt, daß die Frage nach dem Verstoß gegen die guten Sitten Tatfrage sei. Hier wird man am besten den Ausführungen des RG.[8]) folgen, wonach das Revisionsgericht nicht mehr zu prüfen hat, ob der Berufungsrichter alle Tatsachen, die das verwerfliche Handeln des Klägers ausmachen, herangezogen hat. Die vom Berufungsgericht als Betätigung des verwerflichen

[1]) RG. 58, 393 ff.; JW. 1907, 201 f.
[2]) RG. 57, 239 ff.; 58, 255; 66, 230 ff.; 72, 61 ff.; 101, 322 ff.; OLG. 18, 78 f.; 33, 199 f.; JW. 1910, 470; Warn. 1910, Nr. 137.
[3]) I, 1114, Anm. 2 zu § 826.
[4]) S. 994. Anm. 2 c ε zu § 826.
[5]) II, 2, 1743. Anm. 3 c γ zu § 826.
[6]) I, 1321. Anm. VII zu § 826.
[7]) II, 2, S. 1041, § 330, 2; vgl. auch § 330, Anm. 9.
[8]) RG. 58, 219 ff.

Handelns festgestellten Tatsachen stehen als solche auch für die Revisionsinstanz fest. Der Revisionsrichter hat nur zu prüfen, ob die vom Vorderrichter gefundenen Tatsachen den Tatbestand des Verstoßes gegen die guten Sitten erfüllen. Unter dieser Einschränkung gilt § 561 ZPO.

hh.

Damit ist die Erörterung des Tatbestandes von § 826 abgeschlossen. Zusammenfassend sei kurz wiederholt: Der § 826 erfordert zunächst eine Schadenszufügung. Grundsätzlich ist hierunter jede Schadenszufügung im weitesten Sinne zu verstehen, die dem anderen mittelbar oder unmittelbar zugefügt wird. Eine Unterlassung ist nur dann eine Schadenszufügung, wenn die unterlassene Handlung durch die „guten Sitten" geboten war. Die schädigende Handlung braucht nicht widerrechtlich zu sein. Für den Schaden muß die gegen die „guten Sitten" verstoßende Handlung ursächlich sein. Der Täter muß den Schaden vorsätzlich zufügen. Dazu ist Absicht nicht erforderlich, ebensowenig daß die Schädigung Zweck der Handlung ist. Es genügt das Bewußtsein der Schädigung. Eventualdolus ist ausreichend. Auch kann dem Täter das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit fehlen, ebenso die Kenntnis, wer geschädigt wird, wenn er nur weiß, daß er dem Vermögen eines anderen Schaden zufügt. Für das Tatbestandsmerkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten muß ein Maßstab für das, was die guten Sitten gebieten, gefunden werden. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen, es ist vielmehr im einzelnen Falle zu prüfen, ob die „guten Sitten" verletzt werden. Einen gewissen Maßstab bieten die bereits ergangenen Entscheidungen in gleichen oder ähnlichen Fällen. Der Grundsatz vom herrschenden Volksbewußtsein und vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ist nur der allgemeine Ausgangspunkt für die Entwicklung des nicht feststehenden Begriffes der guten Sitten, während heute die Rechtsprechung schon konkretere Handhaben innerhalb jeder Gruppe von sittenwidrigen Handlungen gibt.

Die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale ist also nötig, um einen Schadensersatzanspruch aus § 826 zu stützen.

III. 1. a.

Worin dieser Schadensersatz besteht, ist im konkreten Falle nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. festzustellen. Die Kommentare verweisen in den Erläuterungen zu § 826 ebenfalls auf die allgemeinen Vorschriften.[1]) Auch Oertmann[2]) bespricht nur den Unterlassungsanspruch in seinem besonderen Verhältnis zu § 826 und verweist im übrigen auf die allgemeinen Bemerkungen, vorbehaltlich der nach Oertmann[3]) erweiternden Besonderheiten der §§ 842 ff. Näheres über die einzelnen Vorschriften der §§ 249 ff. und der Ausnahmen der §§ 842 bis 845, 847 bis 850 erfährt man bei Linckelmann.[4]) Somit gilt auch für den Schaden aus § 826 die Vorschrift des § 253, wonach die Haftung für ideelle und moralische Schäden grundsätzlich abgelehnt wird, abgesehen von den Ausnahmen in § 847. Bei Staudinger[5]) finden sich Ur-

[1]) So Staudinger, II, 2, S. 1744. Anm. 5 zu § 826.
[2]) S. 1082. Anm. 5 zu § 826.
[3]) S. 1048. Vorbem. 4 zum 25. Titel
[4]) S. 60 ff.
[5]) S. 1744. Anm. 5 zu § 826.

teile, bei denen der Umfang des Schadensersatzes nicht nach §§ 249 und folgenden begründet ist. Es handelt sich insbesondere darum, daß dem Kläger ein Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils zugebilligt wurde.[1]) Hier ist m. E. schon der Gedanke an eine Begründung aus den §§ 249 ff. verfehlt, denn die Veröffentlichung eines Urteils kann niemals ein Weg sein, um einen materiellen Schaden zu ersetzen. Es kann sich höchstens darum handeln, daß eine Rehabilitierung des Klägers in der Öffentlichkeit herbeigeführt wird, also daß ein gewisser ideeller Schade wieder wettgemacht wird. Damit wäre aber eine Durchbrechung des Prinzips in § 253 gegeben, die nach meiner Ansicht nicht statthaft ist und dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Dieser wollte eine Ersatzpflicht des ideellen Schadens nur in Ausnahmefällen, die deshalb ausdrücklich erwähnt sind (§§ 847, 1300) und von denen abgesehen stets der Grundsatz des § 253 gilt.

b.

Wie bei jeder unerlaubten Handlung findet § 254 auch bezüglich § 826 Anwendung[2]), ferner auch das Prinzip der Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno).[3])

c.

Für die Verjährung des Ersatzanspruchs aus § 826 gilt § 852.

2. a.

Im Laufe der Geltungsdauer des BGB. ist bezüglich des Umfangs des Ersatzanspruchs aus § 826 ein Streit darüber entstanden, ob der Geschädigte einen Unterlassungsanspruch im Klagewege geltend machen kann. Die Unterlassungsklage, die man zutreffend als „Sicherungsmittel“[4]) bezeichnet hat, verdankt ihre Entstehung der Rechtsprechung des RG.[5]) Schon vor dem Inkrafttreten des BGB. finden sich Urteile, die dem Geschädigten einen Unterlassungsanspruch geben, wenn die schädigende Tat den Vorschriften der Partikularrechte, die dem § 826 entsprechen, zuwider ist. Zu dessen Begründung bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Bestimmung oder eines sonstigen bereits bestehenden Rechtsverhältnisses, da eben das Recht auf Unterlassung verletzt ist, dieses Recht aber schon ohne weiteres im Klagewege verfolgt werden kann.[6]) Seit der Geltungsdauer des BGB. finden sich Entscheidungen, die einen Unterschied machen zwischen der Unterlassungsklage, die sich aus § 249 begründen läßt, und der sogenannten vorbeugenden Unterlassungsklage.[7]) Oertmann[8]) nennt die beiden

[1]) Recht, 1906, 51.
[2]) Staudinger, S. 1688 f. Vorbem. VII zum 25. Titel.
[3]) Staudinger, II, 2, S. 1689. Vorbem. VII zum 25. Titel. II, 1, S. 597. Vorbem. III, 7, zu §§ 249 ff.
[4]) OLG. 37, 236.
[5]) JW. 1925, 250.
[6]) RG. 25, 347 f.; vgl. auch 35, 169, wo zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung die Wiederholung derartiger Handlungen drohen muß; ferner 38, 170 f., 379 ff.
[7]) RG. 91, 354.
[8]) S. 1049. Vorbem. 4 zu §§ 823 ff. Vgl. auch Kuhlenbeck, II, 368 ff.

Arten den repressiven und den präventiven Unterlassungsanspruch. Eine Begründung aus § 249 läßt sich dann anwenden, wenn die Schädigung durch die unerlaubte Handlung in einem dauernden Eingriff in den allgemeinen Rechtskreis des anderen besteht, der durch den Zwang der Unterlassung beseitigt werden soll. Mit der Unterlassung ist dann der frühere Zustand wiederhergestellt.[1]) Eine solche Unterlassungsklage wird auch in OLG. 2, 458; 7, 381; 39, 191 ff. gewährt. Für die vorbeugende Unterlassungsklage werden von den verschiedenen Entscheidungen verschiedene Voraussetzungen aufgestellt. Grundlegend ist auch hier die schon früher zitierte Entscheidung des RG. im 48. Bande, S. 148 ff. Dort ist die Ansicht des Revisionsgerichts in den Seiten 118 bis 121 niedergelegt. Sie nimmt die bereits erwähnten Entscheidungen in den Bänden 25 und 38 vor Erlaß des BGB. zum Vorbilde und wendet deren Grundsätze auch auf § 826 an.[2]) Demnach ist eine Unterlassungsklage da zu gewähren, „wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu besorgen sind, wo mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden soll"[3]) Die Normen des BGB. in den §§ 12, 862, 1004 über den Anspruch auf Unterlassung seien für besondere Fälle gegeben und schlössen daher die Unterlassung für die anderen Gebiete des BGB. nicht aus[4]). Ob die Unterlassungsklage in Form der actio quasi negatoria geltend zu machen sei, wird nicht untersucht. Für die, welche einen Gewerbebetrieb ausüben, ergäbe sich die Zulässigkeit der quasinegatorischen Klage aus der absoluten Natur des Rechts.[5]) Die Wiederholungsgefahr ist auch nach RG. 67, 151 ff.; 77, 219; OLG. 7, 186; 28, 282; 39, 187 Voraussetzung für die Unterlassungsklage. Diese besteht nicht bloß in der abstrakten Möglichkeit, sondern in der Wahrscheinlichkeit der Wiederholung. Nach dem Verkehrsbedürfnis genügt allerdings schon eine weniger große Wahrscheinlichkeit.[6])

Einen fundamentalen Satz findet man in RG. 77, 222 f. „Es gibt nur eine Strafe für eine unter öffentliche Strafe gestellte Handlung und diese ist die öffentliche des Strafgesetzes. Ihr muß die zivilrechtliche weichen."[7]) Auf die Unterlassungsklage angewandt, bedeutet das folgendes. Ist die Wiederholung einer unerlaubten Handlung bereits mit öffentlicher Strafe bedroht, so weicht dem der Unterlassungsanspruch, ausgenommen im Falle der Privatklage.[8]) OLG. 39, 186 f. gewährt die Unterlassungsklage im Falle der Bedrohung der Wiederholung mit öffentlicher Strafe nur, wenn die Strafverfolgung tatsächlich unmöglich, z. B. verjährt ist. Daraus folgt, daß auch im Falle einer Privatklage die Unterlassungsklage nicht gewährt werden soll, wenn bei der Führung des Beweises im Strafverfahren Schwierigkeiten entstehen.

RG. 60, 7 f. billigt dem Geschädigten die Unterlassungsklage bei jedem objektiv widerrechtlichen Eingriff als Schutz gegen

[1]) RG. 77, 219.
[2]) RG. 48, 120.
[3]) RG. 48, 118.
[4]) RG. 48, 119.
[5]) RG. 48, 120 f.
[6]) RG. 98, 269.
[7]) S. 223.
[8]) So auch RG. 91, 355.

dessen Wiederholung zu und wendet zu diesem Zweck die §§ 12, 862, 1004 analog an. Die quasinegatorische Klage steht jedem zu, dessen gesetzlich geschütztes Rechtsgut durch einen widerrechtlichen Eingriff verletzt ist, im Falle der Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen. Solche durch Gesetz geschützte Rechtsgüter sind z. B. Kredit, Erwerb, Fortkommen einer Person (vgl. § 824). Auch heute noch wird anerkannt, daß jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht und Wiederholungsgefahr zur Unterlassungsklage berechtigen. [1])

b.

Planck [2]) stellt sich auf den Standpunkt der Rechtsprechung und sieht mithin bei der Verletuzng von Rechtsgütern die objektive Verletzung und die Besorgnis weiterer Verletzungen als ausreichend an. Dies gilt auch für § 826. [3]) Auch Warneyer [4]) macht sich völlig die Grundsätze der Rechtsprechung zu eigen. Er scheidet auch die vorbeugende (präventive) Unterlassungsklage, die er einfach Unterlassungsklage nennt, von der repressiven, in § 249 begründeten, die er als Beleidigungsklage bezeichnet.

Auch Lesser [5]) schließt sich im wesentlichen der Rechtsprechung an, versucht jedoch, eine eingehende Begründung zu geben und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Androhung der unerlaubten Handlung bereits für eine Unterlassungsklage eine Grundlage bietet. [6]) Eine solche Begründung will ebenfalls Flad [7]) erzielen. Auch Fuld [8]) teilt den Standpunkt des RG., ebenso Finger. [9])

Eine nähere Begründung, warum die Grundsätze der Rechtsprechung über den Unterlassungsanspruch anzuwenden seien, gibt ferner Enneccerus. [10]) Er unterscheidet zwei Hauptformen der Verbote zum Schutze fremder Interessen. Diese Verbote stellen sich dar in der Gewährung eines absoluten oder Ausschließungsrechts und in der Vorschrift, welche an eine schuldhafte Handlung eine Schadensersatzpflicht knüpft. Soweit nicht schon ein Rechtsgut geschützt wird, machen diese Verbote die fremden Interessen zu Rechtsgütern. Für die Ausschließungsrechte, die gesetzlich festgelegt sind, ist zur Unterlassungsklage dessen widerrechtliche Verletzung und Fortsetzungs- oder Wiederholungsgefahr notwendig. Analog diesen Bestimmungen ist für die zweite Art der Verbote ein gleiches zu sagen, damit die Drohung der Wiederholung rechtswidriger, andere schädigender Handlungen verhindert wird.

c.

Zahlreich sind die Gegner der in der Rechtsprechung hervortretenden Ansicht. So findet man bei Oertmann [11]), dem sich

[1]) JW. 1925, 250.
[2]) II, 986 f. Anm. IV, 2, zu § 823
[3]) II, 995. Anm. 3 zu § 826.
[4]) I, 1299 ff. Vorbem. IV und V zu § 826
[5]) Arch. Bürg.-R. 38, 102 ff.
[6]) S. 115.
[7]) Iherings J. 70, 336 ff.
[8]) Gruch. Beitr. 47, 373.
[9]) S. 43, Nr. 40, zu § 1.
[10]) I, 2, S. 689 ff., § 465
[11]) S. 1049 ff. Vorbem. 4 zu §§ 823 ff.; auch DJZ. 1904, 616 ff.

Staudinger[1]) anschließt, die Unterscheidung, ob die unerlaubte Handlung in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liege. Im ersten Falle ist für die Unterlassungsklage kein Raum, wenn die unerlaubte Handlung bereits abgeschlossen und keine Wiederholung zu befürchten ist. Gegen eine für die Zukunft zu erwartende unerlaubte Handlung gibt es eine Unterlassungsklage nur in den ausdrücklich im Gesetz enthaltenen Fällen, z. B. § 12. Und bei einer in der Gegenwart liegenden Handlung besteht ein Unterlassungsanspruch nur dann, wenn durch die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne von § 249 erzielt wird. Oertmann stützt sich darauf, daß das RG. das Erfordernis der subjektiven Widerrechtlichkeit außer acht läßt. Mit der Ausdehnung des Unterlassungsanspruchs auf objektiver Grundlage auf die relativen Rechte, wie sie durch die §§ 823 Abs. 2 und 826 geschützt werden, oder gar auf bloße Interessen würde der scharfe Gegensatz zwischen absoluten und relativen Rechten vernichtet werden. Wenn schon jeder Eingriff in ein geschütztes Recht einen Unterlassungsanspruch begründet, so bleibt doch noch offen, wie weit ein geschütztes Recht vorliegt. Die analoge Verwendung der §§ 12, 862, 1004, die nur von absoluten Rechten handeln, ist nicht zulässig. Besonders bei § 826, der ein nicht rechtswidriges Tun betrifft, versagt diese Analogie.[2]) Der Einwand, § 826 besage eben, daß eine moralwidrige Schädigung rechtswidrig sei, scheitert daran, daß er nur die vorsätzlichen Schädigungen erfaßt, die anderen überhaupt nicht. Jede Grenze zwischen Moral und Recht wird verwischt, wenn jeder daran Interessierte einen Anspruch auf Unterlassung des Moralwidrigen habe.

Dieser Ansicht schließt sich Neumann[3]) an. Lau[4]) bezeichnet den Standpunkt des RG. als mit dem Willen des Gesetzgebers in Widerspruch stehend.

Nach Staudinger[5]) sollen durch RG. 77, 219 die bisherigen Grundsätze des RG. wesentlich eingeschränkt worden sein. Diese Meinung kann ich nicht teilen. Die genannte Entscheidung enthält m. E. eine Vermischung der repressiven mit der präventiven Unterlassungsklage. Wird durch die schädigende Handlung ein Dauerzustand geschaffen, so liegt die Unterlassungsklage unbestritten im Rahmen des § 249. So weit auch das RG. in 77, 219. Nun spricht es aber plötzlich von einer „Wiederholung des in der Vergangenheit liegenden Eingriffs". Hier liegt der Fehler. Entweder der Schaden besteht in dem Dauerzustande, der die Folge des stattgehabten Eingriffs ist. Dann geht die Unterlassungsklage auf Beseitigung des Zustandes. Oder es hat ein Eingriff stattgefunden, der durch sich selbst den Schaden hervorgerufen hat. Dann nur kann man von einer „Wiederholung" reden, denn es handelt sich nicht um eine „Beseitigung" etwas bereits Vorhandenen, wie im ersten Falle, was gar nicht „wiederholt" werden kann. Hier wäre es allerdings von Vorteil gewesen, wenn das RG. Enneccerus gefolgt wäre, und für die repressive Klage die Bezeichnung „Unterlassungsklage" vermieden hätte. Wenn

---

[1]) II, 2, S. 1690. Vorbem. VII zum 25. Titel. Vgl. auch Ulrich in Iherings J. 64, 161 ff.

[2]) Oertmann, 1082. Anm. 5 zu § 826.

[3]) S. 37.

[4]) Gruch. Beitr. 47, 497 ff., besonders S. 508.

[5]) II, 2, S. 1691. Vorbem. VII zu § 823.

allerdings das Erfordernis der objektiven und subjektiven Erfüllung des Tatbestandes auch für die präventive Unterlassungsklage gelten soll, dann muß man mit Staudinger [1]) sagen, daß hier das RG. seine früheren Entscheidungen erheblich einschränkt. Mir scheint diese Absicht allerdings nicht klar ersichtlich.[2])

Besonders oft wird der Standpunkt des RG. angegriffen, der dort, wo öffentliche Strafe eintritt, keine Unterlassungsklage gewährt. So Delius [3]), den Schmitt [4]) unterstützt, ferner Weinmann [5]), Finger [6]), Rosenthal [7]).

Vorschläge de lege ferenda bringt Salinger.[8])

d.

Bei dem Verhältnis des Unterlassungsanspruchs zur öffentlichen Strafe scheint mir der Angriffspunkt zu liegen. Das Dogma des RG.: „Die Unterlassungsklage muß der öffentlichen Strafe weichen" stellt m. E. zu Unrecht die öffentliche Strafe als Oberbegriff hin, den Anspruch auf Unterlassung als einen unter diesen fallenden Begriff. Damit setzt es sich in Widerspruch mit seinen eigenen Grundsätzen. Warum sollte der privatrechtliche Anspruch der öffentlichen Strafe weichen? Das käme doch nur in Frage, wenn auch die Klage auf Unterlassung eine Bestrafung des Täters darstellte, denn sonst wäre die Unterordnung des einen Begriffs unter den anderen oder die Gleichstellung beider Begriffe falsch. Wie festgestellt, ist die Unterlassungsklage aus unerlaubten Handlungen eine durch das RG. geschaffene Institution. Soweit sie dem Kläger gegeben wird, ist als Maßstab und als Begründung das „Rechts s c h u t z bedürfnis" angegeben.

Damit aber schlägt die Rechtsprechung der ebenfalls von ihr geschaffenen eingangs erwähnten Norm ins Gesicht, denn mit diesem Ausdruck ist die Unterlassungsklage charakterisiert. Sie soll dem Schutze des Geschädigten dienen. Der Kläger will den Unterlassungszwang, weil er vor weiteren schädigenden Eingriffen geschützt sein will. Wo aber läßt sich aus dem „Rechts s c h u t z bedürfnis" des Klägers die These ableiten, daß der Schädiger b e s t r a f t werden soll? Das k a n n, obgleich nur selten, der Fall sein. Zumeist wird die Unterlassung weiterer schädigender Eingriffe dem bisherigen Täter keinen Schaden bringen. Und darin nur könnte die Strafe bei der Unterlassungsklage liegen. Aber selbst in den Fällen, in denen der Täter durch den Zwang zur Unterlassung geschädigt, also bestraft wird, findet sich nirgends auch nur irgendwie erwähnt, daß der Unterlassungszwang eine Strafe sein soll. Immer und immer wieder wird auf das „Rechtsschutzbedürfnis" hingewiesen. Und nun zur Befriedigung dieses Bedürfnisses, nicht als Strafe, wird die Unterlassungsklage gewährt. Damit ist erwiesen, daß das RG. mit dem Unterlassungsanspruch keine neue Strafe, sondern ein Schutzmittel, ein „Siche-

---

1) I, 2, S. 692, § 465, I, 2 b.
2) Vgl. dazu Neukamp in JW. 1915, 113 ff.
3) JW. 1914, 669 ff.
4) JW. 1915, 212 ff.
5) JW. 1919, 564 f.
6) JW. 1920, 245 ff.
7) JW. 1920, 245 ff.; 1922, 591. Anm. zu Nr. 3, 595, Anm. zu Nr. 8.
8) Gruch. Beitr. 64, 263 ff.

rungsmittel" einführen wollte. Es stehen sich also Unterlassungsklage und öffentliche Strafe ohne jeden Zusammenhang gegenüber. Der Strafrichter fällt sein Urteil, um zu strafen. Ist aber mit diesem Urteil auch der Unterlassungszwang hinfällig geworden, dann ist damit gesagt, daß der Täter genug gestraft sei. Mir erscheint damit dem „Rechtsschutzbedürfnis" keineswegs entsprochen. Hierzu kommen noch andere Gründe, die von vielen Theoretikern und Praktikern dem RG. entgegengehalten werden. In neuester Zeit hat Fuchs [1]) diese Gründe in einem temperamentvollen Aufsatz zusammengestellt, wo im übrigen auch hervorgehoben wird [2]), daß der Strafrichter mit bloß drohenden Verletzungen nichts zu tun habe. Damit ist gesagt, daß die Aufgabe des Strafrichters in der Bestrafung für eine begangene Tat, nicht in dem Schutz vor weiteren Eingriffen besteht. Das Dogma des RG. ergäbe aber eine völlige Schutzlosigkeit im Falle der öffentlichen Bestrafung. Der Schutzsuchende erhielte durch die strafrechtliche Aburteilung auch nicht in geringstem Maße den doch meist sehr notwendigen Schutz. Er müßte vielmehr geruhig abwarten, bis der Täter eine neue unerlaubte Handlung gegen ihn begangen hat. Doch dann stände ihm zunächst bloß die Schadensersatzklage zu. Ob auch die Unterlassungsklage, wäre eben sehr die Frage! Aufgabe des RG. ist es, diesen unhaltbaren Zustand in Zukunft abzuändern und so auch wirklich den Maßstab des „Rechtsschutzbedürfnisses" zur durchgreifenden Geltung zu bringen. Die Furcht vor der Prozeßflut und ähnliche Gründe entbehren, wie Fuchs zutreffend zeigt, jedes praktischen Wertes. Warum die Unterlassungsklage, im Falle der Täter durch öffentliche Strafe getroffen wird, nicht mehr zu den eigentlichen Aufgaben des Zivilrichters gehören soll, ist nicht einzusehen. Der Unterlassungsanspruch ist also auch zuzubilligen, wenn den Täter eine öffentliche Strafe trifft, vorausgesetzt, daß die erforderlichen Bedingungen erfüllt sind.

Diese sollen nunmehr gefunden werden. Zur Unterscheidung zwischen der repressiven und präventiven Unterlassungsklage ist zunächst zu sagen, daß man im Sinne der Rechtsprechung und der Wissenschaft nur die vorbeugende als Unterlassungsklage bezeichnen kann, was ja Enneccerus [3]) anstrebt. Auch Fuchs will wohl in dem oben erwähnten Aufsatze nichts anderes, denn er wird doch nicht leugnen, daß die Wiederherstellung eines früheren Zustands durch eine Unterlassung herbeigeführt werden kann. Allerdings ist zu diesem Zwecke eine besondere Unterlassungsklage nicht nötig, denn die Schadensersatzklage aus den §§ 249 ff. umfaßt ja auch diese Unterlassung, die sich, wie allgemein anerkannt wird, ja gerade durch § 249 halten läßt. Wenn also im folgenden die Bezeichnung „Unterlassungsklage" wiederkehrt, so ist damit die vorbeugende im Gegensatz zur wiederherstellenden gemeint.

Will man nicht der Erörterung über das Verhältnis der öffentlichen Strafe zur Unterlassungsklage und der Anerkennung des „Rechtsschutzbedürfnisses" als Maßstab widersprechen, so darf man nicht der Ansicht Oertmanns beitreten. Abgesehen davon, daß seine Theorie die Zulässigkeit der Unterlassungsklage noch mehr beschränken würde, als es das RG. selbst schon durch die

[1]) JW. 1925, S. 30 ff.
[2]) S. 31.
[3]) I, 2, S. 692, § 465, I, 2 b.

Aufstellung des Satzes, der privatrechtliche Anspruch müsse der öffentlichen Strafe weichen, — denn Oertmanns Ansicht zwingt doch, auch noch unter den Fällen, die dieses Dogma übrig läßt, eine weitere einengende Auswahl zu treffen — getan hat, befindet sich m. E. in seinen Erörterungen eine Lücke. Wie ist es denn nach Oertmanns Meinung im Falle der in der Vergangenheit liegenden unerlaubten Handlung, deren Wiederholung zu befürchten ist? Entweder läßt Oertmann diesen Fall ganz außer Betracht, oder er will auf ihn die Normen für die Unterlassungsklage bei einer für die Zukunft zu erwartenden unerlaubten Handlung angewandt wissen. Selbst in diesem Falle wäre die Begrenzung eine viel zu enge. Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß die Unterlassungsklage vom Gesetz nur in den von Oertmann angeführten Fällen gestützt wird, doch ändert dies nichts daran, daß ohne Zweifel in der Praxis ein ganz anderes Ergebnis erzielt werden muß, um den Verkehrsbedürfnissen zu genügen. Die an und für sich durchaus wissenschaftliche Erörterung Oertmanns führt also nicht zu einem praktisch nutzbaren Ergebnis. Auf der anderen Seite muß zugegeben werden, daß die analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004, die absolute Rechte schützen, auf relative Rechte versagt. Besonders trifft dies bei dem hier interessierenden § 826 zu. Für diese Vorschrift könnte nicht einmal das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit erfüllt werden, denn die sittenwidrige Schadenszufügung ist ja m. E. nicht rechtswidrig. Es kann also einerseits nicht die Ansicht Oertmanns gebilligt werden, weil dem Verkehrsbedürfnis nicht entsprechend, andererseits auch nicht die Grundsätze des RG., soweit sie objektive Widerrechtlichkeit erfordern, weil § 826 keine widerrechtliche Handlung trifft.

Den Ausweg bietet die Entscheidung des RG. in RG. 82, 63 ff. [1]) Danach ist die Unterlassungsklage zulässig, wenn ein „Rechtsschutzbedürfnis" vorliegt. Damit erhält man einen Grundsatz, der auch bei einer unerlaubten Handlung aus § 826 rechtfertigt, ohne daß die Frage der Widerrechtlichkeit einer langen Erörterung bedarf. Andererseits ist damit dem gerade bei § 826 großen Verlangen nach Anspruch auf Unterlassung weitgehendst entsprochen. Der Geschädigte kann hinreichend gegen weitere Eingriffe geschützt werden. Es wird auch dem Richter genügend Bewegungsfreiheit gegeben, denn wenn ein solches Rechtsschutzbedürfnis vorliegt, ist an so allgemeine Voraussetzungen geknüpft, daß für das Erachten des Gerichts genug zu tun bleibt. Man soll hierin keine Gefahr erblicken, daß der Richter auch nach der andern Seite hin, nämlich einschränkend, urteilen könne. Diese Gefahr des allgemeinen Maßstabs vom Rechtsschutzbedürfnis ist m. E. gering im Vergleich zu dem Nachteil, den z. B. das Erfordernis der objektiven Widerrechtlichkeit mit sich bringt. Immer im Hinblick auf § 826 gedacht! Das Urteil des Richters wäre dann von seiner Stellungnahme in dieser Streitfrage abhängig. Er müßte also zunächst einmal diese Meinungsverschiedenheit erörtern. Schon das würde ein Nachteil sein. Dann aber muß er im Falle der Verneinung der Widerrechtlichkeit den Unterlassungsanspruch ablehnen und so auch ein großes Verkehrsbedürfnis verleugnen. Das ergäbe also ein ähnliches Resultat wie die Anwendung der These, daß die öffentliche Strafe den privatrechtlichen Anspruch ausschließe.

[1]) Ähnlich RG. 98, 39; Gruch. Beitr. 57, 968 f.

Besonders für die Unterlassungsklage aus § 826 erscheint mir das Rechtsschutzbedürfnis ohne Rücksicht auf die objektive Widerrechtlichkeit als Maßstab, der am besten praktisch verwertbar ist. Da nun das Erfordernis der objektiven Widerrechtlichkeit abzulehenen ist, bleibt also für die Bestimmung dessen, was das Rechtsschutzbedürfnis verlangt, nur ein anderer allgemeiner Anhaltspunkt gegeben, der aber vollauf genügt. Dies ist die Gefahr der Wiederholung. Das gilt auch trotz Androhung öffentlicher Strafe. Worin die Wiederholungsgefahr besteht, ist in RG. 98, 269 gesagt.

Mithin ist als brauchbarer Maßstab für die Frage, ob bei § 826 die Unterlassungsklage zu gewähren ist, das Rechtsschutzbedürfnis anzuerkennen, dessen Voraussetzung die Gefahr der Wiederholung ist.

Ersatzberechtigt ist nach allgemeiner Ansicht der Geschädigte, und zwar sowohl der unmittelbar als auch der mittelbar Geschädigte.[1])

IV.

Abschließend bliebe noch ein Wort über das Verhältnis des § 826 zu anderen Vorschriften zu sagen. Von welch großer umstrittener Bedeutung das Verhältnis zwischen § 826 und § 226 ist, wurde bereits S. 3 ff. dieser Arbeit des näheren gezeigt. Es genügt, auf das dort gefundene Ergebnis zu verweisen. Ueber das Verhältnis zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909, zu Verletzungen des Urheberrechts, zum Warenzeichengesetz, zum Anfechtungsgesetz, zu § 314 HGB., zu den §§ 123, 463, 1004, Satz 2 BGB. gibt Staudinger[2]) eine übersichtliche Zusammenstellung. Eine eingehende Erörterung würde über den Rahmen dieser Darstellung hinausführen. Die erwähnte Stelle im Staudingerschen Kommentar und die dort angegebenen Literaturhinweise und Entscheidungen mögen im Einzelfalle Auskunft geben. Hier sei nur kurz bemerkt, daß den breitesten Raum in der Praxis das Verhältnis des § 826 zum Wettbewerbsgesetz einnimmt, das den § 826 nicht ausschließt. Er findet vielmehr ergänzungsweise in den von diesem Gesetz nicht getroffenen Fällen Anwendung[3])

C.

Ergebnis sämtlicher Erörterungen.

Bei Vorhandensein der auf Seite 29 f dieser Arbeit zusammengefaßten Tatbestandsmerkmale findet der § 826 Anwendung. Die Folge davon ist der Ersatzanspruch. Dessen Inhalt und Umfang bestimmen sich nach den §§ 249 ff. Die Unterlassungsklage ist gemäß dem Rechtschutzbedürfnis bei Befürchtung der Wiederholung zu geben.

---

[1]) Vgl. hierzu Staudinger, II, 2, S 1743 f. Anm. 4 zu § 826; Planck, II, 995, Anm. 4 zu § 826.

[2]) II, 2, S. 1745. Anm. 7 zu § 826

[3]) Planck, II, 9393. Anm. 2 c ß zu § 826; Finger, S. 31, Nr. 10 zu § 1.

Lebenslauf.

Als Sohn des Kaufmanns Sally Bierhoff und seiner Frau Helene, geborene Tischler, wurde ich, Harry Bierhoff, am 18. Juli 1902 in Berlin geboren. Ich bin jüdischer Religion. Meine Schulbildung erhielt ich in Sagan in Schlesien. Dort besuchte ich das staatliche Gymnasium, das ich Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Um Rechtswissenschaft zu studieren, begab ich mich zu Beginn des Sommersemesters 1921 an die Universität in Berlin, die ich mit Ende des Sommersemesters 1922 verließ, um im nächsten Semester in Göttingen zu studieren. Das fünfte und sechste Semester meines juristischen Studiums befand ich mich in Breslau. Am 19. Juni 1925 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.